

124
25



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

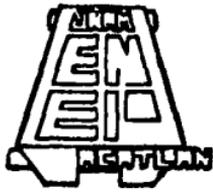
**"LOS HONORARIOS DEL PERITO TERCERO EN
DISCORDIA EN MATERIA CIVIL Y LAS SITUACIONES
QUE ELLO PROVOCA "**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MANUEL GONZALEZ VEGA**

ASESOR LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



ACATLAN, EDO. DE MEX.

1984



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES:

Por esos sabios consejos
que siempre me han sacado
adelante.

A MIS HERMANOS:

Como un ejemplo de superación
a seguir.

A LA LIC. HILDA SOSA C.:

Novia y compañera de siempre,
por el desinteresado apoyo que
en todo momento me ha brindado.

AL LIC. ISIDRO MALDONADO R.

Por la confianza depositada en mí
al aceptar dirigirme el presente
trabajo.

**" LOS HONORARIOS DEL PERITO TERCERO EN
DISCORDIA EN MATERIA CIVIL Y LAS SITUACIONES
QUE ELLO PROVOCA "**

INDICE

INTRODUCCION	1
--------------------	---

Cap. 1. EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL DERECHO ROMANO Y PRIMEROS ANTECEDENTES DE LA PRUEBA PERICIAL.

1.1 Las acciones de la ley.....	3
1.2 El Procedimiento Formulario.....	17
1.3 El Procedimiento extraordinario.....	22
1.4 Primeros Antecedentes de la prueba pericial.....	30
1.5 Clases de Peritos que Intervienen en este periodo.	32
1.6 Materias en las que intervienen los peritos en este periodo.....	33

Cap. II. LA PRUEBA EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

2.1 Concepto de prueba	34
2.2 La prueba en el proceso civil	40
2.3 Principios rectores de la prueba procesal	60
2.4 Clasificación de los medios de prueba.....	67
2.5 Procedimiento probatorio.....	68

Cap. III. LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA CIVIL

3.1 Concepto de Prueba pericial.....	82
3.2 Concepto de Perito.....	85
3.3 Ofrecimiento, admisión y desahogo de la prueba pericial.....	90
3.4 El perito tercero en discordia.....	100
3.5 Naturaleza Jurídica del Perito.....	102
3.6 Honorarios de los peritos y quien debe pagarlos ..	105
3.7 Situaciones que se crean con motivo de los honorarios del perito tercero en discordia y el de las partes.....	108

Cap. IV. VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL

4.1 Concepto de Valoración.....	115
4.2 Naturaleza de las normas que regulan la apreciación de las pruebas.....	117
4.3 Sistema de la valoración legal	119
4.4 Sistema de la valoración libre.....	121
4.5 Sistema de valoración mixto.....	122
4.6 Valoración del dictamen pericial.....	124
4.7 Comentarios en cuanto a la valoración del Dictamen de la prueba pericial.....	127
CONCLUSIONES.....	129
PROPUESTAS	131
BIBLIOGRAFIA.....	133

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo del Procedimiento Civil, el Juzgador se enfrenta en muchas ocasiones ante hechos que es importante esclarecer, pero que sin embargo por su naturaleza le resulta difícil conocerlos y entenderlos por sí solo, por lo que ante tal situación, se hace necesaria la intervención de terceras personas que poseen los conocimientos especializados que se requieren para tal efecto. Estas personas denominadas peritos, son llamados para ilustrarle en las materias que desconoce para estar así en posibilidad de dictar una resolución lo más justa posible.

El perito al intervenir en juicio emitiendo un dictamen desempeña un trabajo y por tal motivo al igual que cualquier otra persona tiene derecho a recibir una retribución económica por su servicio, la que de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles debe cubrir la parte que lo ofreció y en cuanto a los honorarios del perito tercero en discordia, establece que deben pagarlo ambas partes por mitad.

La intervención del perito tercero en discordia se hace necesaria cuando se presentan en juicio dictámenes contradictorios, ya que por lo general el perito de cada parte emitirá un dictamen en el que defenderá la postura de su oferente aunque es conveniente aclarar que no siempre sucede esto ya que en ocasiones ambos peritajes se rinden en un solo sentido.

Este perito debe avocarse a desentrañar la cuestión que le es encomendada, haciéndolo apegado a la realidad de los hechos. Sin embargo toda vez que en nuestro derecho es muy fácil el contacto de las partes con ésta persona, es frecuente que alguna de ellas ofrezca pagar sus honorarios a cambio de obtener un dictamen favorable, lo que en muchas ocasiones es aceptado, provocando una distorsión de los hechos.

Aún cuando en nuestro Código adjetivo se establece la libertad que tiene el juez en la apreciación de las pruebas, y existe el principio de que un dictamen pericial no lo obliga, lo cierto es que en muchas ocasiones un peritaje puede ser decisivo para resolver un juicio en determinado sentido.

El presente trabajo tiene como fin exponer el tipo de situaciones que pueden originarse por este motivo y cómo un peritaje puede distorsionar la realidad de los hechos y llegar a influir de manera equivocada en el ánimo del juzgador, dando con ello origen en muchas ocasiones a una sentencia injusta. También tiene como fin proponer la reforma del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en lo que se refiere a los honorarios del perito tercero en discordia para evitar que éste actúe de manera parcial y tratar de lograr con ello que éste efectivamente se avoque a ilustrar al juzgador de manera correcta en las cuestiones para las que fue solicitado, dando con ello lugar a una impartición de justicia rápida, honesta y eficaz. Aclarando que cada vez que hagamos referencia al Código de Procedimientos Civiles en el presente trabajo, nos referiremos al del Distrito Federal.

**CAPITULO I. EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL
DERECHO ROMANO Y PRIMEROS ANTECEDENTES
DE LA PRUEBA PERICIAL**

En la historia de procedimiento Civil Romano cabe distinguir tres épocas en que rigieron tres sistemas procesales diferentes, los que van cambiando en la medida en que se hacía necesario por las transformaciones que la sociedad y el estado fueron sufriendo, ya que no era posible que los litigios se tramitaran en una misma forma en todos los tiempos "La primera época, según los maestros J.Arias Ramos y J.Arias Bonet alcanza hasta la segunda mitad del siglo II A.J.C. y durante ella rige el sistema procesal de las Legis Acciones o Acciones de la Ley. La segunda desde la fecha anterior hasta el siglo III D.J.C. hasta el gobierno de Diocleciano y rige durante dicho tiempo el sistema procesal denominado Per-formulam o formulario. La tercera época llega hasta el final de la evolución del Derecho Romano y durante la misma está vigente el procedimiento denominado Exordinem o procedimiento extraordinario".¹

Sin embargo cabe aclarar que las fechas anteriores sólo son un punto de referencia para ubicar a cada uno de los sistemas procesales, pero no pueden considerarse exactos ya que llegaron a coexistir dos sistemas procesales al mismo tiempo, en virtud de que al surgir uno nuevo, no dejaba de tener aplicación inmediata el anterior sino que paulatinamente dejaba de tener vigencia hasta quedar solamente el más reciente.

Así, hecha la anterior precisión pasemos ahora al estudio de cada uno de dichos sistemas procesales.

1.1 SISTEMA PROCESAL DE LAS ACCIONES DE LA LEY

a) Noción y caracteres de las acciones de ley

¹ Arias Ramos J. Arias Bonet J. , Derecho Romano I. Parte General Derechos Reales Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1984
pág. 155.

b) Procedimiento de las acciones de la Ley

c) Examen de las acciones de la Ley

a) NOCION Y CARACTERES DE LAS ACCIONES DE LA LEY

Este sistema consiste según Eugene Petit en "ciertos procedimientos compuestos de palabras y gestos rigurosamente determinados que debían ser realizados delante de un magistrado bien fuera para llegar a la solución de un proceso o bien como vías de ejecución".²

Es un procedimiento privado por que se refiere a asuntos entre particulares y porque su iniciación, su desarrollo, su culminación y ejecución son enteramente de carácter privado.³ Los caracteres mas relevantes de éste sistema son los siguientes:

1.- Se desarrolla en dos instancias una la In-Jure, ante el órgano público y magistrado y la otra ante el Juez. El Juez es una persona distinta del magistrado y está representado por un colegio permanente de ciudadanos particulares elegidos de común acuerdo por las partes o designado por el magistrado en caso de que las mismas no llegaran a un acuerdo respecto de la elección del juez.

En este sistema las partes en el litigio deben presentarse ante el magistrado a quien exponen el objeto de la controversia, es decir sus peticiones reciprocas, pero no declaran los hechos concretos en que fundan dicha pretensión, por otra parte el magistrado no juzga ni tampoco señala como debe juzgarse, sino que única y exclusivamente se limita a tratar de conciliar a las partes induciendolas a llegar a un arreglo mediante transacciones equitativas. Pero si los litigantes no llegan a ningún acuerdo el magistrado no tiene otra facultad que incitarlos a juicio

² Petit Eugene, Derecho Romano, Editorial Porrúa, México 1990, pag. 617

³ Rossi Masella Blas E. Manual de Derecho Romano, Editorial M.B.A. Montevideo Uruguay 1978 pag. 44

que debe llevarse acabo ante el juez que de común acuerdo designen las partes y a falta de ello, el que el propio magistrado designe.

2.-Este procedimiento solo se utiliza para hacer valer los derechos sustantivos reconocidos por el derecho quirritario y concebidos estos como la ley en la producción de sus efectos, o las facultades concedidas por la ley al sujeto que ejercita este procedimiento.

3.- Las acciones de la ley solamente pueden ser ejercitadas por los ciudadanos romanos y dentro de la ciudad de Roma o en una milla a la redonda, han de hacerlo ante un magistrado competente y debe fallarse el litigio por un Juez privado romano.⁴

4.-Solo se podía proceder a los ritos de las acciones de la ley en días fastos, excepto la pignoris capio la cual podía ejercitarse en días nefastos y aun sin la presencia del magistrado, por lo que se discute si ella fuese una acción de la ley.

5.-En este sistema no se permite la representación ya que las partes deben comparecer en forma personal ante el magistrado y solo se admiten algunas excepciones como por ejemplo:

I.-Cuando un ciudadano que es tratado como esclavo reclama su libertad, no puede hacerlo por si mismo ya que al esclavo no se le permite actuar en justicia, pero si puede hacerse representar por una persona libre que figura como adsertor libertatis.

II.-Cuando deben defenderse los Intereses del estado en algún proceso, ya que el mismo es considerado una persona moral.

III.-Cuando se trata del ejercicio de una acción popular.

⁴ Alvarez Suarez Urcisino. Curso de Derecho Romano, tomo I Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955. pág. 230

6.-Solo pueden ser ejercitadas aquellas acciones expresamente reconocidas en la ley de las XII tablas, mismas que más adelante detallaremos en forma particular.

7.-Deben necesariamente cumplirse las formalidades y solemnidades establecidas en la ley para su tramitación bajo pena de perder el litigio.

8.-En el procedimiento de las acciones de la ley, el objeto de la condena es pecuniario aun en las acciones reales como la reivindicatoria, ya que cuando el demandado pierde el juicio y se niega a volver o restituir la cosa objeto del litigio, el demandante solo obtiene una indemnización económica.

Todas estas características denotan que el sistema esta sujeto a una gran precisión, una rigurosa solemnidad y formulismo por lo siguiente.

La precisión se debe a que la demanda o reclamación era un petición que debería hacerse ante un magistrado, utilizando la fórmula contemplada en la ley, la que debía pronunciarse en latín y tiempo presente tal y como estaba establecida sin cambiar ninguna palabra, ya que por ejemplo Gayo menciona que en una ocasión un agricultor perdió un juicio por que al intentar la acción por las viñas de su propiedad que le fueron arrancadas, uso la palabra vitibus (de las viñas) en vez de arboribus (de los arboles) que era la contemplada en la fórmula.⁵

b) EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY

Como hemos precisado, este procedimiento se caracteriza por el exclusivo rigor al que estaba sujeto y se inicia por un acto que tiene como finalidad el hacer comparecer o llevar a las partes ante el magistrado; para ello se procede de manera sencilla ya que es el mismo demandante

⁵ Cuenca Humberto, Proceso Civil Romano. Editorial E.J.E.A. Buenos Aires, Argentina, 1957, pág. 39

quien ordena su adversario que lo acompañe ante la presencia del magistrado. El demandado debe cumplir la orden o señalar un fiador que garantice su presencia el día fijado, de lo contrario el actor o demandante se hace valer de testigos, quienes no se limitan a atestiguar la realización de la citación, sino que prestan físicamente su ayuda para llevar al demandado ante el tribunal del magistrado.

Una vez que ambas partes se encuentran ante el magistrado, el actor debe indicar la acción que pretende ejercitar y tiene entonces que cumplir con el rito de la acción de la ley aplicable al proceso.

El magistrado examina sumariamente la procedencia o improcedencia de la acción sin entrar a considerar el fondo del asunto, pudiendo denegarla si no le encuentra sustento legal. Si la acción es admitida, el demandado puede negar la pretensión del actor, o aceptarla reconociéndole su derecho en cuyo caso el pleito termina como si se hubiera pronunciado sentencia en favor del actor.

En caso de que el demandado niegue la procedencia de la reclamación del actor, las partes deben pronunciar formalmente determinadas palabras establecidas por la acción de que se trate y realizar gestos rituales solemnes. Aquí era muy importante que pronunciaran las palabras y realizaran los gestos establecidos para evitar perder el juicio por ésta causa.

Todo el procedimiento delante del magistrado se hacía oralmente y para comprobar su cumplimiento, las partes antes de salir del auditorio tomaban por testigos a las personas presentes, con el objeto de que las mismas pudiesen en caso necesario ofrecer al juez el testimonio de lo que había ocurrido en la primera instancia que finaliza precisamente con este atestiguamiento que hacen los presentes y que se denomina *litis-contestatio*.

Posteriormente y toda vez que las partes no han llegado a un arreglo en primera instancia, se procede a la designación de un juez, lo que en un principio se hacía en forma inmediata y posteriormente la ley punaria estableció un término de treinta días vencido el cual las partes debían volver para recibir al juez.⁶ A fin de garantizar la comparecencia las partes deben otorgar una caución, lo que se denominaba *bandimonium*.

Dentro del tercer día a que fue designado el juez, las partes deben comparecer ante el y el procedimiento ante el mismo puede realizarse en el foro, en el fundo o en cualquier lugar que el establezca. Si una de las partes falta sin excusa legal, pierde el juicio y si comparecen ambas, el juez recibe y examina todas las pruebas aportadas por las partes; hecho lo anterior procede a pronunciar su correspondiente sentencia con lo que concluye el juicio.

Cabe aclarar que la sentencia que pronuncia el juez solo se limita a declarar a quien le asiste la razón, pero el no puede ejecutar por ser un particular y carecer del *imperium* o autoridad pública por lo que para hacer cumplir su fallo la parte a la que favoreció debe ejercitar una acción la *Actio Per manus Iniectionem*, a través de la cual podía obtener el cumplimiento de dicha sentencia y que detallaremos mas adelante.

c) EXAMEN DE LAS ACCIONES DE LA LEY

Son cinco las acciones que contemplaba la ley de las XII tablas para la protección de los Derechos de los ciudadanos Romanos, de las cuales tenemos que tres son declarativas como lo son las "*Per-Sacramentum*", la "*Per- iudicis Postulationem*" y la "*Per- Conditionem*". Así mismo las ultimas son ejecutivas como son la "*Per- manus Iniectionem*" y la "*Per-Ignoris Captionem*".

Veamos como funciona cada una de ellas:

⁶ Abohumad Hobaica Chibly. Anotaciones y comentarios de Derecho Romano III Editorial Jurídica Venezolana Caracas 1978, pág 261

Legis Actio per sacramentum.- Acción de la ley por apuesta sacramental.

El nombre de ésta acción deriva de que las partes ante el magistrado se obligan bajo solemne juramento a pagar una pena pecuniaria en favor del estado por aquel que resultare vencido en el juicio, para lo cual presentarían fiadores ante el magistrado.⁷

Esa pena que debe pagarse se denomina sacramentum. Se dice que es una acción general que se utilizaba tanto para lograr la recuperación de una cosa (real) como para exigir el cumplimiento de obligaciones (personal).

El monto de la pena era 500 ases para los asuntos cuyo valor ascendía a 1000 o mas ases y de 50 para los que llegaban a 1000 ases. Pero si se trataba de una causa liberal en la que se discutía si un hombre era libre o esclavo la puesta era por el mínimo, es decir, 50 ases, aún cuando el supuesto esclavo tuviese un precio elevadísimo. esta disposición se estableció con el fin de no limitar este procedimiento y no limitar a quien pretendía defender la libertad de una persona.

Esta acción es la mas antigua de todas y era general porque se aplicaba a todos aquellos casos en que no había otra acción establecida por la ley.

La primera parte del juicio se realiza ante el magistrado, en que si el objeto del mismo era bienes muebles o semovientes que pudiesen presentarse ante el, se ventilaban de la siguiente manera:: el actor tenía una vara que representa la lanza militar y posteriormente tomaba con la mano las cosas objeto del litigio, pronunciando las palabras adecuadas por ejemplo " Digo que este esclavo es mío, según el derecho de los quirites", poniendo la vara sobre el esclavo. El demandado por su parte hacía y decía lo mismo, también afirma que la cosa es suya, y que debe

⁷ Rossi Masella Blas E. Ob. Cii pág. 47

contrareveindicarla contra el que trata de reveindicarla. Toda vez que ambos afirman que el objeto les pertenece, interviene el magistrado quien dice " Dejad uno y el otro al esclavo" . Acto seguido del demandado afirma " Puesto que tu haz intentado reveindicar Injustamente, te reto a una apuesta de "x" cantidad de ases. El actor responde y yo a ti". Ambos juraban que el que perdiera el juicio abonaría su parte al tesoro público hecho lo cual se pasa a la siguiente fase del procedimiento ante el juez.*

La segunda fase del procedimiento se tramita de la siguiente manera:

I.- Los litigantes deben consignar el valor de la apuesta en forma inmediata o bien podía garantizar el pago mediante fiadores.

II. Cuando la controversia versa sobre un fundo el acto debía realizarse en el sitio en que este se encontraba

III. La cosa material del litigio la entregaba al juez a uno de los litigantes una vez establecida la apuesta y el que la recibía garantizaba su restitución mediante fiadores.

Hecho lo anterior las partes hacen sus exposiciones al juez, le presentaban sus pruebas y el mismo las analizaba para posteriormente dictar su fallo. Esta fallo dirá quien hizo la apuesta Injustamente y deberá entregar el producto de la misma al tesoro público.

El juez es un ciudadano particular, la sentencia que pronuncie es oral y como no goza de imperio, no podía ejecutar su propia sentencia por lo que en caso de que la parte condenada no entregare la apuesta ni tampoco el objeto material del litigio, se le podía obligar mediante el ejercicio de la manus iniectionum que analizaremos mas adelante.

* Abouhmad Hobaica Chibly, Ob Cit. pág. 263

Las características de esta acción de la ley son las siguientes

1).- Los testigos que presenciaron el acto que se lleva a cabo ante el magistrado, debían exponer al juez todo lo sucedido en aquel acto esto es lo que se denomina la *Listis Contestatio* o *Atestiguamiento del Juicio*.

2).- La sentencia o fallo del juez solo declaraba cual de las partes hizo la apuesta injustamente, de ahí que el fallo no obligaba al condenado a entregar la cosa o cumplir con la obligación demandada y;

3).- El juez no tenía autoridad pública para hacer cumplir su fallo, por lo que era necesario el ejercicio de otra acción la *Manus Iniectionem* para obtener la satisfacción del derecho reclamado.

Actio per ludicis postulationem.- Acción de la ley por petición de un juez o de un árbitro.

Esta acción es especial para casos en los que no existe un verdadero pleito sino que tan solo existe la necesidad de contar con un juez o un árbitro para resolver una cuestión que, por dificultades técnicas o por sus características particulares requieren de una persona imparcial que dicte y así por ejemplo en los casos de:

I.- División de herencia o patrimonio hereditario

II.- División de bienes comunes si había dos o más copropietarios que querían dividir un bien, que solicitaban a un juez al magistrado para que hiciera la división conforme a derecho.

III.- Para fijar los límites de predios es decir cuando había discusión entre ciudadanos de un grupo o de este con otro grupo vecino, respecto de los límites del predio de uno u otro; se pedía de común acuerdo a un juez al magistrado para que fijara los límites de dichos predios.⁹

⁹ Rossi Masella Blas E. Ob. Cit. pág. 54

Otra actividad para lo que se utilizó esta acción de pedido de juez o arbitro fue para estimar un pleito. en efecto, como recordaremos en la acción anterior (actio sacramenti), el juez únicamente se limitaba a señalar quien había jurado injustamente y en consecuencia a quien le asistía el derecho sobre el objeto materia de la controversia, pero quedaba el problema de la ejecución y así por ejemplo cuando el juez se pide para la división de una herencia, ya pudo haber existido la intervención de otro juez que hubiere decidido una reclamación de herencia por sacramento y por lo mismo habría determinado quien tiene derecho a la herencia en tal razón este nuevo juez nombrado por Juicis Postulatio, dirá en concreto que bienes les corresponden a cada uno de los herederos, es decir entregar a cada uno los bienes que le correspondan, y de igual forma cuando ha sido designado para fijar los límites de algunos predios señalando con precisión hasta donde llegan uno y otro para dejarlos perfectamente determinados.

El procedimiento se tramitaba de la siguiente manera:

1.- Las partes se presentaban ante el magistrado ante quien el actor decía por ejemplo:

"Afirmo que debes darme diez mil sextercios, a causa de un contrato verbal (expansio). Te pido digas si es verdad o no".

2.- El demandado manifestaba que no era verdad y el actor replicaba "Puesto que lo niegas, a ti magistrado te pido que nombres un juez o un arbitro".

3.- Se procedía a la designación de la siguiente manera: Se nombraba a un juez cuando se trataba de una deuda de dinero, si el objeto es una cosa cierta o incierta o si lo que debía determinarse era la existencia del derecho que se reclamaba; se designaba un arbitro si lo que quería establecer una valoración en la cuantía de la prestación reclamaba y ambos (juez y arbitro) si se desean lograr los dos fines.

Las características de ésta acción son que estaba reservada para los casos que la ley expresamente determinaba y que son: Las acciones divisorias como la división de herencia, división de copropiedad y fijación de linderos. En éstos supuestos las partes acudían al magistrado para que designara árbitro o juez a fin de que procediera a la división de la cosa común o determinara los linderos de los predios involucrados, pasara a efectuar la adjudicación como forma de transmisión de la propiedad por derecho civil.

Legis actio per conditionem. Acción de la Ley por requerimiento de comparecencia.

Esta acción fue creada por la ley Sillia para amparar los créditos que tuvieron por objeto una suma determinada de dinero, siendo ampliada por la ley Calpurnia para toda obligación que tuviera como objeto una cosa determinada, por ejemplo: el fundo capertano, 40 sacos de arroz de primera calidad etc.¹⁰

Aún cuando se discute acerca de que razón hubo para introducir ésta acción, ya que las deudas a que se refiere podían ser reclamadas por la acción sacramental o la de petición de juez y así Rossi Masella nos indica que en realidad es mas sencillo y menos exigente el procedimiento de esta acción que el de las anteriores ya que el actor no debe fundar su derecho sino simplemente señalar que el demandado le debe tal cantidad de dinero o un objeto individualmente determinado.¹¹

Otra ventaja es que utilizando esta acción en lugar de la acción sacramental las partes se ahorraron el monto de la apuesta sacramental, (50 o 500 ases) según el valor de la cosa que beneficiaba al estado en su lugar se prometían recíprocamente el pago de una tercera parte del objeto del litigio que el perdedor abonaría al ganador.

¹⁰ Abouhmad Hobaica Chiblyl, Ob. Cit. pág. 57

¹¹ Rossi Massella Blas E. Ob. Cit. pag. 57

La tramitación de esta acción es la siguiente.

1).- Comparecen las partes ante el magistrado.

2).- El demandante se limita a decir " Afirmo que me debes dar "x" cantidad de sextercios". te desafío a que jures si es o no verdad; si el demandado no juraba, se le tenía por confeso y si juraba que no debía, entonces el actor lo emplazaba para comparecer en un plazo de 30 días para elegir al juez ante quien el actor presenta el Instrumento donde constaba la obligación del demandado mismo que dicho juez analizaba y emitía su falla.

Actio per manus iniectionem. Acción de la ley por aprehensión corporal.

Esta es la acción ejecutiva típica del procedimiento de las acciones de la ley, en virtud de que las anteriores solo sirven para que el actor obtenga el reconocimiento de su derecho o se declare el mismo.

En muchas ocasiones era suficiente el planteamiento de una de las acciones anteriores para que el demandado confesara o cumpliera con su obligación ya fuera en la primera o segunda etapa del procedimiento, atendiendo espontáneamente la decisión del juez y restituya o entregue el bien objeto de la controversia. Pero no siempre esto sucede y el actor que ha obtenido una sentencia favorable no logra la satisfacción de sus derechos, por lo que el siguiente paso es ejercitar ésta acción para dar cumplimiento a la sentencia del juez.

El procedimiento se desarrolla de la siguiente manera:

El actor debe llevar al deudor ante el magistrado y pronunciar las fórmulas sacramentales, ya que siempre en todas las acciones de la ley hay que seguir un procedimiento formal muy estricto, también hay que recordar que un error de una palabra era bastante para anular el procedimiento.

Una vez autorizado el ejercicio de la acción, el actor decía al demandado en presencia del magistrado " Dado que me debe "x" cantidad se sextercios, y no me has pagado hasta hoy, yo te aprehendo ya que has sido sentenciado a pagarme". Generalmente el magistrado manifestaba "te lo atribuyo". Autorizando al acreedor a convertirlo en su prisionero, llevarlo a su casa y encadenarlo.

El acreedor estaba obligado a proporcionarle una ración alimenticia a diario y le estaba prohibido maltratarlo e imponerle hierro de mas de 15 libras de peso. Éste estado de prisión duraba 60 días, y durante ese lapso podía el deudor negociar su deuda y ser liberado; también para que se enteren de su situación algún amigo u otra persona que tenga interés en protegerlo el acreedor tiene la obligación de llevarlo a tres mercados diferentes así como a tres ferias y declarar su situación, diciendo que tiene preso a ese hombre porque le debe tal cantidad de dinero por si alguien se ofrece a pagar por el.

Si durante ese lapso nadie paga por el deudor, es adjudicado en definitiva al acreedor y puede venderlo mas allá del río Tiber pasando con ello a ser esclavo. También puede matarlo y en caso de ser varios los acreedores, pueden repartirse el cuerpo y así forzar a los familiares a pagar la deuda para poder rescatar las partes del cuerpo, y poderle dar sepultura ya que de no hacerlo, según la creencia de los Romanos el alma no podría descansar y se cerniría sobre ellos una maldad divina.¹²

En nuestro concepto ésta acción fue una forma de legalizar la antigua venganza Privada, aunque para el ejercicio de la misma se requería previamente el reconocimiento por medio de sentencia que dictaba el juez respecto a la deuda reclamada o bien de la confesión que de ella hiciera el demandado.

¹² Kaser Max, Derecho Privado Romano, Editorial Revs, Madrid 1982, 2da. Edición pág. 362

Actio pignoris Capio. Acción de la ley por toma de prenda.

Es también una acción ejecutiva que consiste en un acto por el que el acreedor se apodera extrajudicialmente de una cosa mueble que pertenezca al deudor, en ausencia de éste y aún en día nefasto, pronunciando determinadas palabras por lo que era necesaria la presencia de testigos.

Dadas las circunstancias en que se ejercita, sin la presencia del demandado y aun en día nefasto, se considera que contraría los caracteres del sistema de las acciones de la ley que requiere necesariamente la presencia de las partes y actuar en días fastos.

Esta acción es pues una especie de embargo que se realiza mediante el empleo de fórmulas solemnes y se aplicaba en casos especiales, determinados por la costumbre o la ley. En un principio se aplicaban en casos relacionados con obligaciones de carácter religiosa, posteriormente se aplicó este procedimiento en favor del soldado en contra del tribuno Aferaris cuando no se le ha pagado su sueldo o no se le ha proporcionado dinero por comprar su caballo y forraje para el mismo; a los publicanos contribuyentes y al que vende un animal para sacrificarlo a un dios y no le es pagado. Cabe aclarar que el embargo que ellos realizaban era ejecutivo y no preventivo como sucede actualmente en nuestro derecho.

Finalmente cabe mencionar que fue necesario sustituir éste sistema debido a las siguientes situaciones que se presentaban.

- 1.- No era fácil aprenderse de memoria el texto de las declaraciones solemnes que debían realizarse ante el magistrado.
- 2.- En caso de cometer un error en la declaración, el actor perdía el juicio y no podía litigar nuevamente por el mismo asunto.

3.- La memoria de los testigos así como la buena fe de los mismos podía fallar al repetir frente al juez lo ocurrido en la primera fase del procedimiento .

4.- Por último hay que señalar el procedimiento de las acciones de la ley solo podía ser utilizado por los ciudadanos Romanos y fue por ésta razón que el pretor peregrino al iniciar sus funciones se vio en la necesidad de crear un nuevo sistema de procedimiento que fue el formulario, el cual analizaremos a continuación.

1. 2. SISTEMA DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

- a).- Origen del procedimiento formulario.
- b).- Desarrollo del procedimiento formulario.
- c).- La litis contestatio en el procedimiento formulario
- d).- Elementos de la fórmula.

a).- ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.

Éste es el segundo sistema procedimental del derecho Romano y se caracteriza frente al sistema de las acciones de la ley en la sustitución de la solemnidades orales con que se realizaba por la redacción de una fórmula escrita donde se resumía los términos en que se resolvía la controversia y se hacía la designación del juez, a la vez que se daban instrucciones para que emitiera sus sentencia una vez examinadas las pruebas y escuchados los alegatos de las partes.

Fueron varios los factores que influyeron para el surgimiento de éste sistema, entre otros que resultaba muy difícil aprenderse y realizar las declaraciones solemnes frente al magistrado; se estaba sujeto a la memoria y buena fe de los testigos que intervenían en la controversia. Por estos motivo surgió la necesidad de fincar el procedimiento sobre la base de documentos, los cuales debían ser elaborados por un magistrado o bien bajo su control. Así mismo influyó también el hecho de que las acciones de la Ley sólo podían aplicarse entre ciudadanos Romanos y

nunca ser utilizadas para resolver conflictos entre éstos con un peregrino o entre peregrinos trayendo como consecuencia que el pretor peregrino implantara éste nuevo sistema para estar así en posibilidad de impartir justicia, utilizándose solamente en juicios llevados en su tribunal y posteriormente, por disposición de la ley *Aebutia* del año 150 A.C. se dejaba a los litigantes la libertad de elegir a que procedimiento se someterían., finalmente la ley *Julia* Iudiciaria de la época de Augusto abolió el Derecho de opción e impuso como único sistema al procedimiento formulario.

b).- DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Este procedimiento también se divide en dos etapas, una ante el magistrado y otra ante el juez quien sigue siendo un particular.

El juicio se inicia con la situación del demandado que el actor debe realizar por su cuenta ya que el estado no interviene para llevarlo al tribunal.

En el momento de citar al demandado, el actor debe indicar la acción que pretende ejercitar y que después reiterará ante el magistrado, es necesario que comparezcan ambas partes ante el magistrado de lo contrario no podía ejercitarse la acción intentada, por lo tanto denegarse a comparecer el día fijado, el demandado, el actor podría llevarlo por la fuerza y de no lograrlo, el pretor podrá ayudarlo dictando medidas tendientes a obligarlo a comparecer y así por ejemplo puede dictar un interdicto poniendo en posesión del actor algunos bienes o de todo el patrimonio del demandado. Todo con el objeto de obligarlo a comparecer.

Una vez que ambas partes se encuentran en presencia del magistrado, el actor manifiesta su pretensión objeto del juicio que intenta y solicita se le conceda una acción, misma que de no encontrarse determinada, se procede a la celebración de una sesión preparatoria en la que el actor expone la situación y antecedentes de los que se desprende la acción que pretende ejercitar. Si de dicha exposición resulta que en el edicto del pretor o magistrado no existe acción alguna que sea

aplicable, al caso concreto, se le denegará la misma, sin embargo si el magistrado halla que la pretensión aducida encuadra en alguna de las acciones que se encuentran establecidas en el edicto de referencia, se le concederá al actor.

Si el actor solicita la acción pero el magistrado comprueba que su pretensión no es digna de protección jurídica, le rechazara la solicitud y lo mismo suceda cuando sin ulterior prueba resulta que el actor consciente o inconscientemente no ha expuesto con exactitud los hechos con que pretende fundar la acción que solicita para ejercitar también puede ser que no se encuentre debidamente legitimado, que no le asista el derecho a el de ejercitar la acción aun cuando los hechos que expone sean aplicables a dicho caso, o también que pretenda ejercitarla contra persona indebida.¹³

El demandado por su parte al ser escuchado ante el magistrado, puede tomar las siguientes actitudes:

Si el actor pretende reivindicar un fundo que afirma es de su propiedad y esta en poder del primero, puede aceptar el planteamiento y reconocer que efectivamente le asiste el derecho de propiedad y en este caso se verifica una confesión expresa que equivale a una sentencia condenatoria y que dará origen a una ejecución, precedida de una evaluación en dinero sino devuelve el bien. También puede suceder que el demandado reconozca que el actor es propietario del fundo pero alegue la existencia en su favor de un derecho sobre el mismo como puede ser usufructo; arrendamiento; comodato, etc., y negarse por lo tanto a devolverlo. En este caso el magistrado no concederá al actor la acción de reivindicación, porque ante tal planteamiento no se discute quien es el propietario, sino que elegirá la acción correspondiente a la situación que determina el conflicto.

¹³ Kaser Max. Ob. Cit. 364

Si el demandado niega directamente la pretensión del actor ambas partes pedirán se redacte una formula que no es mas que una instrucción escrita redactada por el magistrado en que se resumían los términos de la controversia en cuestión y se hacía la designación de un juez, a quien se le daban instrucciones para que emitiera su sentencia condenando o absolviendo al demandado una vez examinadas las pruebas y escuchado los alegatos de las partes. ".¹⁴

Ambas partes deben ponerse de acuerdo de los términos en que se redacta la formula, esto quiere decir que admitirán los puntos que están en discusión y que serán sometidos al juicio del juez. "Es un verdadero compromiso arbitral en que deben coincidir ambos litigantes, que el magistrado autoriza sanciona en el momento final en que se libra la formula y que cierra la primera fase del procedimiento",¹⁵

c).- La litis contestatio en el procedimiento formulario. Es la fase en que el procedimiento se encuentra entablado, es la piedra angular del mismo y debido a ello se producen los siguientes efectos.

1).- Efecto regulador.- Una vez fijadas y aceptadas las pretensiones de ambas partes, ninguna de ellas podrá efectuar cambio alguno; es decir, no se admite ninguna modificación ante el juez.

2).- Efecto consuntivo.- La litis contestatio consume o extingue la acción, de tal modo que no podrá intentarse por segunda ocasión la misma.

Este efecto consuntivo puede operar de las dos formas siguientes:

1).- Si se trata de una acción personal, el magistrado tiene la facultad de rechazarla al actor que pretende volver a ejercitarla;

¹⁴ Petit Eugene, Ob. Cit. pág. 631

¹⁵ Rossi Masella Blas E. Ob. Cit. pág. 72

II).- Si la acción es real, solo se podrá rechazar si existe una excepción interpuesta por el demandado; esto es, la excepción de cosa juzgada.¹⁶

d).- ELEMENTOS DE LA FORMULA

La fórmula es encabezada por el nombramiento del juez que se encargará de resolver la controversia planteada y además se compone de los siguientes elementos:

1).- La Demonstratio. Consiste en una exposición de los hechos y señala la causa por la cual se lleva a cabo el litigio, es decir es la parte de la fórmula en que inserta el principio para fundamentar la pretensión sobre el asunto de que se trata y así por ejemplo se dice:

"En cuanto que Aulus Agerius vendió un esclavo a Numérico Negidium o puesto que Aulus Agerius depositó un esclavo en lo de Numérico Negidium".¹⁷ En el primer caso el actor, en su demonstratio esta invocando su derecho como acreedor por venta de un esclavo en contra del comprador. Y en el segundo caso esta alegando su derecho como depositante en contra del depositario.

2).- La Intentio.- Es la intención o pretensión y es una de las partes fundamentales de la fórmula que pueden encabezarla o ser enunciada inmediatamente después de la demonstratio.

En ella el actor concreta su pretensión jurídica dice que es lo que quiera la devuelvan un fundo, le paguen "x" cantidad de dinero.

La intentio puede ser cierta o incierta, la primera se da cuando la pretensión esta claramente indicada y solo se pide al juez su

¹⁶ Iglesia Gonzalez Martha, Derecho Romano Editorial Harla, México 1987, pág. 63

¹⁷ Rossi Masella Blas E. Ob. Cit. pág. 73

reconocimiento; es incierta cuando la cuantía no está determinada y corresponde al juez determinar el alcance y monto de lo reclamado.

3).- La condenatio.- Es la parte de la fórmula en que se otorga al juez la facultad de condenar o absolver al demandado.

La condena en todas las fórmulas es siempre en dinero el cual no todas las veces será el objeto de la controversia, ya que por ejemplo puede estarse reclamando un fundo; un esclavo; o una prestación de hacer; sin embargo el juez siempre condena a pagar una suma de dinero y no a devolver el fundo, el esclavo o a realizar el hecho determinado.

También debemos aclarar que la condenatio es siempre condenatoria o absolutoria del demandado, esto es que no puede recaer sobre el actor, ya que puede ser absuelto el demandado pero nunca condenarse al actor.

Para el efecto de ejecutar la resolución que emitía el juez en este procedimiento, se sigue empleando el ejercicio de las acciones manus iniectio y la pignoris capio que permitían al vencedor en el juicio de hacer efectivos sus créditos en la persona del deudor y en los bienes de este.

1. 3. SISTEMA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

- a).- Orígenes del Procedimiento Extraordinario.
- b).- Características del Procedimiento Extraordinario.
- c).- Desarrollo del Procedimiento Extraordinario.
- d).- La litis Contestatio en el Procedimiento Extraordinario.
- e).- Las Pruebas en el Procedimiento Extraordinario
- f).- La sentencia del Procedimiento Extraordinario
- g).- Apelación a la Sentencia del Procedimiento Extraordinario.

h).- Ejecución de la sentencia en el Procedimiento Extraordinario.

a).- ORIGENES DEL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

De la misma forma que el sistema formulario empezó a funcionar estando en vigencia el sistema de las acciones de la Ley, así también el sistema extraordinario empezó a funcionar estando vigente el sistema formulario, el que fue paulatinamente avanzando hasta imponerse definitivamente y quedar como único sistema aplicable para dirimir cualquier controversia.

Adquiere el nombre de procedimiento extraordinario en razón de que en un principio solo se empleó este sistema para resolver situaciones concretas como son: divergencias sobre el Instituto del fideicomiso; diferencias que pudieran suscitarse entre el jefe de familia y personas bajo su potestad cuando por ejemplo un esclavo reclama su manumisión o un hijo su emancipación; el procedimiento extraordinario se aplica también en casos de reclamaciones por honorarios debidos a profesionistas, como médicos y abogados, por esta razón y toda vez que se apartaba del orden normal de los juicios, fue que se le designó de esta manera y paulatinamente fue desplazando al sistema formulario hasta quedar como único medio de impartición de justicia.

b).- Características de Procedimiento Extraordinario, Este sistema tiene caracteres específicos que permiten distinguirlo de los dos sistemas anteriores y podemos citar entre otros los siguientes:

1).- En este Procedimiento no existen las dos Instancias que caracterizaban a los anteriores, sino que la persona que conoce de la acción, es la misma que conoce de todo el procedimiento y dicta la sentencia. Esta persona es un funcionario del Estado quien tiene el carácter de juez y reúne las funciones que antes estaban distribuidas entre el magistrado y juez privado; teniendo por lo tanto la facultad de

otorgar o negar la acción y fijar los términos del proceso, así como la facultad de dictar sentencia

2).- Las partes no inciden en el nombramiento del juez que es el único organizador y juzgador del proceso, sino que están sometidas a él en virtud de ser un representante del Estado y tener éste último a su cargo la función de administrar justicia.

3).- Los litigantes deben prestar juramento para afirmar así que no hay temeridad en sus reclamaciones y la parte que pierde el juicio es condenada a pagar las costas que el mismo origina.

4).- En este sistema procedimental cabe interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia dictada, ante un juez de jerarquía superior y con dicho recurso se estaba en presencia de lo que se denomina el principio de la justicia retribuida.

5).- Se sustituye la oralidad por la forma escrita para las diligencias procesales, incluso para la redacción de la demanda y notificación de la misma.

6).- En este procedimiento la litis contestatio ya no es el atestiguamiento que hacen los ciudadanos romanos del juicio en el sistema de las acciones de la ley, ni tampoco el contrato arbitral de las partes en el sistema formulario, sino que aquí es el momento procesal en que queda trabado el juicio en virtud de haber sido presentada y contestada la demanda.

7).- Se admite la contra demanda o reconvenición y en este caso la sentencia puede contener condena para el actor.

8).- El juez puede condenar por menos de lo que pidió el actor, atendiendo al legado y probado ante él.

9).- La condena ya no es necesariamente pecuniaria sino que puede recaer sobre el objeto que se reclama y solo cuando este ya no existe o es imposible devolverlo, podrá cuantificarse en dinero.

10).- La administración de justicia es onerosa, pues debe pagarse el servicio judicial y la sentencia conlleva a costas a la persona que pierde el juicio; además la instancia no puede durar mas de tres años, término en que la misma perece.

c).- Desarrollo del Procedimiento Extraordinario.

Como lo hemos manifestado al señalar las características de este procedimiento, aquí a diferencia de los dos sistemas procesales anteriores, ya no es cometido exclusivo del actor el llevar a juicio al demandado para que pudiera trabarse el mismo, sino que aquí ya interviene directamente al Estado para hacerlo comparecer, iniciándose el procedimiento de la siguiente manera:

El actor presenta ante el juez un escrito con copias del mismo, en el cual expresa su pretensión y sus fundamentos; solicitando se cite al demandado y se le entregue una copia de dicho escrito. Al curso debe acompañar la promesa de comparecer ante el Juez en el tiempo que este determine, así como de seguir el juicio hasta su terminación y de pagar los gastos del mismo en caso de perderlo para lo cual debía presentar una caución a satisfacción del Juez.

El juez analiza el escrito de demanda y en caso de estimar que procede la reclamación del actor, ordena la citación del demandado y se le entregue la copia del escrito, función que debe cumplir un funcionario ejecutor del estado, profesionista o persona especialmente encargada de cumplir esta función que en todos los casos es siempre un subalterno del Juez.

El demandado al ser notificado y recibir copia del escrito de demanda, prepara su contestación en la que manifiesta si acepta las pretensiones del actor o si las rechaza y opone excepciones. También puede a diferencia de los sistemas procedimentales anteriores, re convenir, esto es, contrademandar a su vez al actor.

Una vez que el demandado ha sido emplazado, disponía de un término para contestar la demanda, la doctrina manifiesta que Justiniano estableció el término de diez a veinte días, para en caso de estimarlo necesario las partes, puedan pedir se les designe otro juez, o también para que en dicho lapso pudieran llegar a una conciliación y terminara amistosamente la contienda.¹⁸

d).- LA LITIS CONTESTATIO EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

Una vez que ha transcurrido el término establecido para que el demandado de contestación a la demanda entablada en su contra y comparecer ante el juez, las partes deben presentarse ante dicho funcionario y en una audiencia oral deben reiterar el actor su demanda y el demandado su contestación.

La litis contestatio es en este procedimiento una simple etapa del mismo, diferente al efecto que tenía en los dos procedimientos anteriores, ya que aquí no extingue ningún derecho ni crea uno nuevo; las partes no acuerdan las bases sobre las que debe definirse o encausarse el juicio como sucedía en el sistema formulario, sino que simplemente reiteran cada una de las partes su posición y tampoco hay nombramiento de juez por ellas, ya que este es ahora un funcionario designado por el Estado.

Es pues la litis contestatio el momento procesal en que el juicio ha quedado trabado en virtud de que el actor ha reiterado ante el juez su demanda y el demandado su contestación, oponiéndose a las

¹⁸ Rossi Masella Blas E., Ob. Cit. pág. 40

pretensiones de la misma, por lo que ahora deberá cada uno probar su dicho, como siguiente etapa del juicio.

c).- LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

La doctrina precisa que no se tiene conocimiento si la apertura del juicio aprueba se producía de pleno derecho una vez concluido el acto de la litis contestatio o si era necesario un acto de las partes para solicitarle al juez se diera ese paso ¹⁹, de cualquier manera consideramos que una vez que las partes han reiterado su postura y que no ha sido posible su conciliación, el juez debe ordenar la etapa probatoria y cabe mencionar que en este sistema procedimental, el juez ya no goza de la amplia libertad que tenía en los anteriores para apreciar las pruebas, ya que el juicio ahora esta encausado por normas que le guían en la apreciación de los distintos elementos que se le presentan a efecto de acreditar el dicho de las partes.

Sin embargo su mayor autoridad le habilita para intervenir en la producción de pruebas fehacientes que le ayuden a formar su convicción, y así puede de oficio nombrar peritos, como médicos, agrimensores, calígrafos, etc., efectuar inspecciones, interrogatorios, sin perjuicio de recurrir también a los jurisconsultos que le asesoren para estimular o ampliar su capacidad de investigación o comprobación.

La prueba documental adquiere gran relevancia en este procedimiento en virtud de que todas las constancias del juicio deben llevarse por escrito y de esta forma dicha prueba empezó a ser preferida por encima de la testimonial aunque no por ello fue desplazado. En cuanto a esta última cabe mencionar que no se admitía el testimonio de herejes y judíos en contra de litigantes cristianos y solo se les permite su testimonio en los casos de sucesión testamentaria para que no se dificulte la facultad de probar.

¹⁹ Aboulmad Hobaica Chibly, Ob. Cit. pag. 313

Finalmente es importante señalar que aún cuando en tiempos antiguos, el testigo era un amigo de las partes y que comparecía voluntariamente para aportar su testimonio, a partir de este procedimiento, se transforma en un elemento que el juez necesita para esclarecer los hechos y puede hacerlo comparecer aún en contra de su voluntad, con la salvedad de que estos no deben hacer ninguna erogación de dinero para ofrecer su testimonio.²⁰

F).- LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

Una vez concluida la etapa probatoria y que ha quedado debidamente registrada en expedientes o protocolos, el juez examinará detenidamente todo lo alegado y probado por las partes y pronunciará la correspondiente sentencia definitiva, llamada así en atención a que durante el desarrollo puede haber dictado alguna sentencia interlocutoria respecto de algún incidente o cuestión preliminar.

La sentencia podía absolver al demandado y en este caso se daba por concluido el procedimiento. Pero podía suceder que el juez lo condenara acogiéndose total o parcialmente a la demanda del actor y hasta podía ser que condenara a este último si había sido reconvenido por el demandado.

Como lo hemos manifestado anteriormente la sentencia de este procedimiento se caracteriza porque ahora la condena no es una cantidad de dinero, sino que puede recaer sobre el mismo objeto de la reclamación, ordenando la entrega de la cosa que se reclama o el cumplimiento de la obligación que se ha perseguido y solo en algunos casos condenará a una cantidad de dinero cuando por ejemplo se trate de una obligación de hacer algo que ya no es posible o entregar algo que ya no existe.

²⁰ Rossi Massella Blas E., Ob. Cit. pág. 151

Dictada la sentencia, el que ha sido condenado por ella debe cumplir voluntariamente en un plazo de dos meses que Justiniano elevó a cuatro, término en que de no cumplir con la obligación que dicha sentencia le impone, el juez colaborando con el vencedor, la hará cumplir con el apoyo de la fuerza militar.

c).- LA APELACION EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

Esta es otra característica propia de este procedimiento y permite que el que no está conforma con el fallo del juez, pueda solicitar que un juez superior vuelva a juzgar el asunto.

El término para apelar era muy corto y tan solo se otorgaban dos o tres días que Justiniano elevó a diez y perentorio de tal manera que si no se interponía en tiempo, la sentencia se daba por consentida y tenía eficacia para ejecutarla llegado el momento para ello.²¹

En cambio al interponer la apelación, se suspendía la ejecución y tenía lugar un nuevo juicio ante otro juez de superior jerarquía del que había dictado la primera sentencia.

Se repetían prácticamente todas las actuaciones del juicio anterior entre ellas, las diligencias probatorias a fin de que el nuevo juez pudiera tener una visión directa del asunto y formarse libremente su propia convicción.

Al producirse la sentencia del juez superior, podía interponerse una nueva apelación. Justiniano permitió que pudiera apelarse hasta tres veces, pero eran inapelables las sentencias dictadas por el emperador y el prefecto del pretorio cuando actuaba en su lugar. Independientemente de las veces que pudieran las partes apelar de la sentencia, recordemos que la parte que finalmente perdía el juicio, estaba obligada a pagar todas las costas que se hubieren originado con motivo del mismo.

²¹ Rossi Massella Blas E., Ob. Cit. Pag. 151

h).- LA EJECUCION DE LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

Si la sentencia no era apelada en tiempo o si había sido confirmada en la última instancia permitida, el vencedor podía obligar al vencido a darle cumplimiento con la ayuda que para tal efecto el estado estaba obligado a proporcionarle.

Si quien debe cumplir no quiere hacerlo o no puede por resultar insolvente, será encerrado en cárceles públicas organizadas y vigiladas por el estado. Si tiene bienes, el juez puede ordenar a petición del acreedor, apoderarse con apoyo de la fuerza militar de bienes del deudor, especialmente esclavos y bienes muebles sobre los que el acreedor adquiere el derecho de prenda.

Pasados dos meses, si el deudor no cumple con la sentencia, se venderán en subasta pública los bienes tomados en prenda y el acreedor cobrará así su crédito mas los gastos que haya tenido; en caso de que la sentencia condene a la devolución de la cosa reclamada y que esta exista todavía, ordenará también con el apoyo de la fuerza militar el apoderamiento de la misma y se le entregue al acreedor, dando así por terminado el juicio.

1. 4. PRIMEROS ANTECEDENTES DE LA PRUEBA PERICIAL.

Hasta antes del procedimiento extraordinario del Derecho Romano, no se concibe la intervención del perito en el procedimiento judicial, ya que por lo general las partes de común acuerdo podían escoger al juez que resolvería la controversia planteada y en tal virtud trataban de que este fuera un experto en la materia de que se tratara, de tal suerte que no se hacía necesaria la intervención del perito como persona distinta del juez, ya que este último es a la vez juzgador y experto en la materia del juicio ante el planteado.

Ya durante la vigencia del procedimiento extraordinario en que el juez es un funcionario designado por el estado, este tiene autoridad para proceder a la producción de pruebas fehacientes que le ayuden a esclarecer los hechos materia de la litis y es precisamente cuando recurre a personas expertas que le auxilien en el procedimiento, y así tenemos que entre las primeras manifestaciones de la prueba pericial destaca el caso de la pericia obstétrica que tiene lugar "cuando el divorciado afirmaba el embarazo de la mujer y esta lo negaba, o aquel caso en que la viuda afirmaba estar encinta del esposo difunto. En el primer caso tres parteras debían comprobar si la mujer divorciada estaba encinta y como si fueran testigos tenían que prestar juramento. En el segundo caso cinco mujeres solteras procedían a observar a la mujer embarazada, pero sin tocarle el cuerpo si esta no lo permitía".²²; también para proceder a dar de baja a un militar del ejército, era necesario probar que este ya no era apto físicamente para continuar en dicha institución y para ello se procedía a la consulta de una persona que tuviese conocimientos médicos con el fin de que lo examinara y si determinaba que ya no era apto para pertenecer al ejército, se procedía a darlo de baja; también durante este periodo y dado que el procedimiento es escrito, tiene gran relevancia, la prueba documental, por lo que se hace necesaria la intervención de peritos calígrafos cuando se presenta la duda de si es auténtico o no un documento presentado en juicio.

Recordemos también que Roma fue un pueblo guerrero por excelencia, y en tal virtud paulatinamente fue extendiendo sus dominios a medida que conquistaba nuevos territorios, los cuales eran repartidos por los jefes guerreros entre sus subordinados, situación que muchas veces generó inconformidades entre ellos, debido a que no se ponían de acuerdo en la cantidad y límites que a unos y otros se entregaban.

²² Díez de León Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas Penales, Editorial Porrúa, México 1982, pág. 197.

Para solucionar estos conflictos, se recurría al auxilio de agrimensores los cuales eran expertos en la medición de tierras para el efecto de que procediera a la medición y fijación de linderos de cada predio, y evitar con ello el descontento de los guerreros. Cabe aclarar que el nombramiento de esta persona lo hacía el juez cuando se presentaban ante ellos los inconformes, pero no lo nombraban ellos por iniciativa propia.

Otra manifestación muy importante en este período es la consulta que podía hacer un juez a los jurisconsultos romanos quienes eran expertos jurídicos en determinada materia, para el efecto de que lo auxillaran a resolver de la manera mas justa la situación planteada en el juicio de que este conocía.

Vemos pues que aún cuando son pocos los antecedentes que se tienen de esta prueba en el Derecho Romano, si fue utilizada para llegar al esclarecimiento y resolución de los juicios planteados en ese tiempo y en particular lo que nos llama la atención es el hecho de que existía un cuerpo de jurisconsultos al que podía recurrir un juez en demanda de auxilio para resolver un juicio, lo que sin duda constituye un gran avance para el procedimiento Romano.

1. 5. CLASE DE PERITOS QUE INTERVIENEN EN ESTE PERIODO.

Como lo hemos señalado en el punto anterior, es durante la vigencia del procedimiento extraordinario en que se aprecia al perito como una persona distinta del juez que es llamado para ilustrarle en las cuestiones que desconoce.

Pues bien, los peritos que intervienen en esta época, son personas con conocimientos necesariamente rudimentarios, ya que este tiempo no estaban perfectamente reglamentadas las profesiones además de que no existían los avances científicos y técnicos con que hoy en día contamos, y así por ejemplo cuando hablamos de los agrimensores,

consideramos que estas personas proceden a la medición de predios con conocimientos mas bien prácticos que técnicos, ya que de ninguna manera podían elaborar su trabajo como lo haría hoy en día un Ingeniero apoyado con aparatos de gran precisión de que se puede auxillar para llevar acabo su cometido; así también cuando hablamos de las parturientas o comadronas que procedían a determinar la existencia o inexistencia de un embarazo, eran personas que poseían conocimientos meramente empíricos, al igual que la persona que procedía a examinar la aptitud o inaptitud del militar para continuar en el ejército.

De lo anterior concluimos que las personas que intervenían como peritos en ese tiempo, poseían conocimientos meramente empíricos pero que dada la práctica que poseían, servían de apoyo para el juzgador en las cuestiones que este desconocía y que se le presentaban en juicio.

1. 6 MATERIAS EN LAS QUE INTERVIENEN LOS PERITOS DE ESTE PERIODO

De los puntos anteriores, observamos que realmente son muy pocas las materias en que intervienen los peritos de esta época de los que se tiene conocimiento, y dado que no estaban perfectamente reglamentadas las profesiones, vemos que entre otras intervienen en casos de:

Determinación de existencia o inexistencia de embarazo, que atendían las comadronas o parturientas; medición y fijación de linderos a cargo de las personas especializadas de este tiempo denominadas agrimensores; determinación de autenticidad o falsedad de documentos a cargo de calígrafos; determinación del valor de bienes muebles e inmuebles a cargo de tasadores o valuadores de ese tiempo. Todas estas personas que intervienen en este periodo como peritos en apoyo del juez, poseen técnicas muy limitadas por el avance de ese tiempo, sin embargo ya existen manifestaciones de esta prueba, que con el paso del tiempo fue adquiriendo gran relevancia hasta llegar a nuestros días en

que la misma se hace indispensable para esclarecer algún hecho que por su naturaleza requiere se recurra al auxilio de peritos para esclarecerlo.

CAPITULO II. LA PRUEBA EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

2. 1. Concepto de Prueba
2. 2. La Prueba en el Proceso Civil
2. 3. Principios Rectores de la Prueba Procesal
2. 4. Clasificación de los Medios de Prueba

2. 1. CONCEPTO DE PRUEBA

Doctrinalmente existen diversos conceptos de Prueba elaboradas por los autores de nuestra materia quienes se han avocado a definirla según su punto de vista, por lo que nosotros a efecto de elaborar nuestro propio concepto, previamente nos avocaremos a exponer algunos de los que tenemos a nuestro alcance y así por ejemplo tenemos que el maestro Carlos Arellano García ¹ manifiesta que ... "La Prueba es el conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso y que tienden a la demostración de los hechos o derechos aducidos por las partes con sujeción a las normas jurídicas vigentes".

Este autor sustenta su concepto con los siguientes razonamientos.

a) Existe una gran variedad de los medios probatorios que requieren de un común denominador que no es fácil de expresar para

¹ Derecho Procesal Civil
Editorial Porrúa México 1987, pág. 212

evitar un exceso o defecto en su enunciado y por ello, esa variedad debe encerrarse dentro de la frase:

"Conjunto de elementos de conocimiento" en razón de que todos los medios de prueba que se llevan a juicio tienen como característica común que dan conocimiento a las partes y al juzgador de todos los hechos y derechos que han constituido la parte controvertida en el proceso.

b) " Puede haber medios probatorios que no se lleven al proceso por no haberse conseguido, o por falta de iniciativa de las partes o de sus asesores legales, o por extemporaneidad, o por no haberse sujetado a las reglas del ofrecimiento, admisión o desahogo. Por tanto solo deben incluirse en el concepto aquellos medios probatorios que son llevados o aportados al proceso.

c) " La prueba no adquiere su carácter de tal por su buen éxito en la demostración. Hay pruebas que se aportan al proceso y que no lograron su meta demostrativa. Por ello, en el concepto que sugerimos marcamos que las pruebas persiguen la tendencia a la demostración, independientemente de que consigan o no tal misión".

d)" Lo que ha de demostrarse son los hechos y los derechos que las partes han invocado para respaldar sus diversas posiciones en la controversia planteada ante el órgano jurisdiccional.

e) "En la época actual, las pruebas se orientan por las disposiciones del Derecho Vigente que los rige. Por tanto, no se conciben pruebas al margen de las normas que regulan su ofrecimiento, su admisión y su desahogo".

f) La Prueba que cuenta en el ámbito procesal es aquella que se da dentro del proceso, Por tanto, es elemento del concepto propuesto que la prueba esté dentro del proceso".

Respecto de este concepto y en especial a los razonamientos que expone el autor de referencia, consideramos lo siguiente:

En cuanto al inciso a) opinamos que la meta de los medios de prueba aportados en juicio, no es el dar conocimiento a las partes y al juzgador de los hechos y derechos materia de la controversia, sino que mas bien las mismas tienden a demostrar al juzgador la veracidad de los hechos aducidos por las partes como fundatorios del derecho que invocan ante él, para con ello acreditar que este efectivamente les asiste o corresponde.

En cuanto al inciso b) estamos de acuerdo en que sólo constituyen prueba aquellos elementos aportados en juicio ya que no basta que los mismos existan sino que deben aportarse con las formalidades establecidas por la ley a efecto de que el juzgador esté en posibilidades de analizarlos y tomarlas en cuenta al momento de emitir sentencia.

Por lo que toca al inciso c), consideramos que aquellos elementos aportados en juicio como medios de prueba y que no logran tal cometido, no pueden considerárseles como tal ya que si la misma tiene un fin demostrativo, el hecho de no lograr ese propósito, le hace perder también su carácter de prueba.

Analizando el inciso d) del razonamiento del autor en estudio, es importante señalar que cuando alguien acude ante el órgano jurisdiccional, lo hace para invocar un derecho, el cual funda en los hechos que expone al juzgador, y por lo tanto son estos últimos los que deben probarse pero no el derecho ya que este solo se invoca pero no se demuestra según se desprende de lo dispuesto por el artículo 284 de nuestro código de procedimientos Civiles. Quedando exceptuado desde luego el Derecho Extrajero, el cual si está sujeto a prueba como lo veremos mas adelante.

En cuanto al inciso e) cabe señalar que en efecto, no basta hacer un ofrecimiento de pruebas, sino que el mismo debe sujetarse a las disposiciones que establece nuestro Código de Procedimientos Civiles, el cual regula el ofrecimiento, su admisión y desahogo al que deben sujetarse las partes.

Por último y en atención al inciso f) consideramos que para que la prueba adquiera tal carácter, no basta que la misma se de dentro del procedimiento, sino que además cumpla con las formalidades establecidas por la ley y que además logre el fin para el que fue ofrecida, de lo contrario no podrá considerársele como prueba.

Pasando a exponer otro concepto de prueba, tenemos que el maestro José Ovalle Favela ² al referirse a ella, la define desde dos puntos de vista. En sentido estricto. "La prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso" y;

b) En sentido amplio..." También se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador con el fin de lograr el cercioramiento de este sobre los hechos controvertidos u objeto de prueba".

En este concepto advertimos que el autor que nos ocupa al definir la prueba en sentido estricto, nos deja la sensación de que es el juzgador quien debe allegarse los medios tendientes a acreditar el dicho de las partes, lo cual no es así en razón de que son precisamente las partes quienes asumen la carga de la prueba respecto de los hechos en que fundan el derecho que invocan en juicio.

Por lo que respecta a la definición que denomina en sentido amplio, pensamos que se encuentra mas acertada, ya que denotan una

² Teoría General del Proceso
Editorial Harla, México 1991, págs. 305 y 306

actividad tendiente a crear convicción en el juzgador respecto de los hechos controvertidos en el proceso.

Continuando con el concepto de prueba, el maestro Cipriano Gómez Lara,³ al definirla, lo hace desde las distintas acepciones que esta palabra tiene en el ámbito procesal y manifiesta:

"Se entiende por prueba en una primera acepción, a los medios probatorios, o sea, en ese sentido prueba es el conjunto de instrumentos por los cuales se persigue dar al juzgador el cercioramiento sobre las cuestiones controvertidas. En una segunda acepción prueba designa al procedimiento probatorio, es decir designa el desarrollo formal de la fase probatorio del proceso. En una tercera significación expresa a la actividad de probar, esto es, al hacer prueba, al conjunto de actos de prueba, al conjunto de actos de probar: en una cuarta acepción se ha extendido el resultado producido o resultante de los medios de prueba ofrecidos y desahogados en el proceso; finalmente, en una quinta acepción se ha querido expresar la razón, motivo o argumento que hacen tener por verificadas las afirmaciones o las negaciones que se han introducido en el proceso".

Vemos pues, que mas que definir a la prueba, nos habla de las distintas acepciones que a la misma le han dado los diferentes autores de nuestra materia

El maestro Manuel Serra Domínguez ⁴ por su parte define a la prueba como:

"Una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminando a formar la convicción de una persona".

³ Derecho Procesal Civil
Editorial Trillas, México 1984, págs 72 y 73

⁴ Estudios de Derecho Procesal.
Editorial Ariel S.A. Barcelona 1969 pág. 356

Consideramos respecto de este concepto que el mismo es incompleto porque no hace mención a las partes que intervienen en el proceso, simplemente los presume cuando habla de una actividad de comparación de una afirmación de hechos y la realidad de los mismos, en que pensamos se refiere a actor y demandado, y por otra parte cuando expresa que dicha actividad va encaminada a formar la convicción de una persona, pensamos que en este caso se está refiriendo al juzgador, porque es a él a quien va dirigido la prueba, por lo tanto, debe especificarse concretamente en el concepto ya que no se trata de cualquier persona sino de quien debe resolver el procedimiento en base a la convicción que le formen los medios aportados por las partes para acreditar su postura en el juicio en que intervengan.

Una vez expuestos y analizados los anteriores conceptos que sobre la prueba nos han aportado los estudiosos de la materia, pasemos ahora a proporcionar nuestro propio concepto:

Prueba es el conjunto de elementos demostrativos, permitidos por la ley, que las partes aportan en juicio con las formalidades que la misma establece, encaminados a acreditar ante el juzgador la veracidad de los hechos que han vertido ante el como fundatorios del derecho que invocan.

En este concepto cuando hablamos de conjunto de elementos demostrativos permitidos por la ley, nos estamos refiriendo a los diversos medios establecidos por ella como son.. los documentos testimonios de personas, la confesión de las partes, dictámenes periciales etc; los que deberán ofrecerse en la forma que establece nuestro código adjetivo, teniendo como finalidad, la de acreditar ante el juzgador la veracidad de los hechos en que apoyan el derecho que invocan. El juzgador por su parte, del análisis de esos elementos, estará en condiciones de saber a cual de las partes le asiste dicho derecho.

2. 2 LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

- a) Importancia de la Prueba
- b) El objeto de la Prueba
- c) La carga de la Prueba
- d) Facultades del juez en materia de Pruebas
- e) Obligación de los terceros en materia de pruebas.

a) IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

La prueba en el ámbito procesal es de suma importancia para la eficacia del Derecho, en virtud de que no basta alegar que una persona es sujeto del derecho que se invoca, sino que éste debe acreditarse por los medios que la ley establece.

Esta importancia que tiene la Prueba, es reconocida por los doctrinarios de nuestra materia y así por ejemplo tenemos que el maestro José Ovalle Favela⁵ comenta al respecto:

"La prueba es un condicionante esencial para la eficacia del derecho por lo siguiente:

Las normas jurídicas no necesariamente tienen una realización automática, de manera que, una vez actualizado el supuesto jurídico, se produzca ipso facto la consecuencia prevista en la norma. El aplicador del derecho, órgano jurisdiccional o administrativo, requiere siempre fijar los hechos y cerciorarse de su existencia para poder disponer la activación de la disposición jurídica. Los hechos no siempre son ubicables con facilidad en los supuestos abstractos; frecuentemente, por su riqueza y variedad, rebasan las previsiones del legislador".

De lo anterior desprendemos que aún cuando una persona se encuentre dentro de los supuestos que la norma jurídica establezca como

⁵ Estudios de Derecho Procesal Civil
Editorial UNAM, México, 1981, pág. 175

generadores de un derecho, este de ninguna manera se le va a actualizar en forma espontáneo o automática, sino que para el efecto de que dicho derecho le sea reconocido, primeramente deberá recurrir ante el órgano jurisdiccional correspondiente, para invocar el derecho que presume le asiste y ante el mismo deberá acreditar fehacientemente los extremos que tal derecho implica.

La conexión de los hechos con el derecho se realiza precisamente a través de la operación probatoria, ya que a través de las pruebas aportadas en juicio es como se acreditan los hechos que satisfacen los supuestos establecidos por la norma para la realización de un derecho.

El juzgador frente a los hechos afirmados por las partes, ha de acudir necesariamente a la prueba a efecto de desentrañar las afirmaciones que ante el se han vertido ya que los hechos sobre los que funde su decisión judicial, deben quedar plenamente probados mediante los elementos que se le han aportado. De tal suerte que no basta adecuarse a los supuestos que la norma jurídica establece para hacerse acreedor de un derecho, sino que este debe acreditarse plenamente ante el órgano jurisdiccional a efecto de que el mismo le sea reconocido y en consecuencia actualizado.

Continuando con la importancia de la prueba en el ámbito procesal, nuestro autor en comentario, también considera que el concepto de prueba es tan fundamental para el derecho procesal, como lo son los de jurisdicción, proceso y acción, ya que desde un punto de vista lógico no puede concebirse el proceso sin la prueba. "Aún en el caso de que el demandado en un juicio, se allane a las pretensiones del actor y se supriman las etapas probatorias y de alegatos, no podría hablarse de un proceso sin prueba, sino mas bien de una solución autocompositiva unilateral humologada por el juzgador, figura que excluye la existencia del proceso... no hay prueba, pero tampoco hay proceso."

Por nuestra parte consideramos que todos los elementos del proceso son importantes, pero la prueba requiere de una apreciación especial en atención a que puede tenerse un derecho, pero sino se tienen elementos que lo acrediten, el mismo no podrá actualizarse y lograr la eficacia que el sujeto del mismo pretenda.

Así pues, al referirse a este tema el maestro Eduardo Pallares ⁶ considera que la prueba es un elemento esencial del juicio "porque en los juicios es necesario demostrar, por una parte, la existencia de los hechos en que los litigantes funden sus pretensiones y por otra, la verdad de las afirmaciones y razonamientos formulados por ellos".

Tiene pues la prueba la misión de desentrañar los hechos en que fundan su pretensión las partes en el proceso y descubrir la certeza o falsedad de la exposición que de ellos se hace ante el juzgador.

El maestro Rafael de Pina ⁷ también concede una gran importancia a la prueba al afirmar que:

"La prueba es, el punto fundamental del proceso, cuando las partes no se hayan conformes en relación a los hechos. De aquí la importancia que las partes y su dirección técnica ponen siempre en la preparación de las pruebas de que han de valerse, e igualmente, la que para el juez tiene todo cuanto afecta a esta delicada y trascendental materia".

Para este autor, los hechos expuestos ante el juzgador no podrán tener ninguna trascendencia sino son apoyados con elementos de convicción que los sustenten, de tal manera que si las partes en el juicio no ponen la atención debido a las mismas, difícilmente llegarán a obtener el reconocimiento del derecho que pretendan hacer valer en juicio.

⁶ Derecho Procesal Civil
Editorial Porrúa, México 1981, pág. 351

⁷ Tratado de las pruebas Civiles
Editorial Porrúa, México 1975, págs. 27-28

Es importante señalar que ha sido reconocido la importancia de la prueba y en si el fenómeno probatorio dentro del proceso desde el tiempo de los clásicos del derecho, entre otros por Jeremías Bentham quien decía: ⁷

"El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas"

Por su parte Francisco Carnelutti opina: "la prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que este es el corazón del problema del pensamiento".⁸

En suma podemos concluir que desde siempre ha sido reconocida la gran trascendencia que para el proceso tiene el tema de la prueba, ya que esta es decisiva para lograr la eficacia de un derecho en razón de que no tener pruebas es como no tener el derecho.

b) EL OBJETO DE LA PRUEBA.

Hablar del Objeto de la prueba es referirnos a aquella sobre lo que ha de recaer esta, es decir, aquello que ha de probarse en el procedimiento y a este respecto el artículo 284 del código de procedimientos civiles establece:

Art. 284 "Solo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho".

De la lectura de este artículo se desprende que son sujetos de prueba.

- a) Los hechos
- b) Los usos y ;
- c) La costumbre en que las partes fundan el derecho que invocan

⁷ Tratado de las Pruebas Civiles
Editorial Porrúa México 1975, pags. 27-28

⁸ Ovalle Favella José Ob. Cit. pág 116

Hecha la anterior precisión, pasemos a analizar cada uno de estos elementos.

1.- El primer objeto de prueba que señala el artículo en estudio es el referente a los hechos. Pues bien, sobre este punto debe el litigante enfocar sus pruebas, es decir, debe cuidar el que las mismas se avoquen a demostrar los hechos que ha vertido como fundatorios de su acción o excepción que plantea en juicio, a efecto de lograr el éxito que espera.

Ahora bien, ¿qué hechos han de probarse?

A este respecto los artículos 278, 279 y 289 de nuestro código de procedimientos civiles establecen:

Artículo 278. "Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o aún tercero; sin mas limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral".

Artículo 279 "Los Tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad".

Artículo 289 "Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.

Los tres artículos anteriores establecen la facultad que en materia de pruebas tiene el juzgador, pero además establece claramente que las mismas deben ir encaminadas a esclarecer aquellos puntos o hechos que

han sido controvertidos, o que de alguna forma existe duda sobre su veracidad, por lo que éstos serán el objeto de prueba a efecto de desentrañarlos y llegar a la verdad de los mismos.

El mismo código establece en el artículo 286 que:

Artículo 286 "Los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes".

Vemos pues que este tipo de hechos no existe la obligación de las partes para probarlos por la característica que poseen. Ahora bien, aquí es importante aclarar qué es un hecho notorio y al respecto el maestro Giuseppe Chiovenda menciona:

"El concepto de notoriedad es muy indeterminado... se consideran en primer término como notorios los hechos que por el conocimiento humano general son considerados como ciertos e indiscutibles, pertenezcan a la historia, o a las leyes naturales, o a la ciencia o, a las vicisitudes de la vida pública actual; se habla, además de una notoriedad mas restringida, a saber; la de los hechos comunmente sabidos en un determinado distrito, de suerte que toda persona que lo habite está en condiciones de saberlo"

Por su parte el maestro Eduardo J. Couture expone:

"Hechos notorios son aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en el que ocurre la decisión".

Finalmente el maestro Carlos Arellano García establece:

"Lo notorio es aquello que es sabido de todo el mundo; es decir, que es del conocimiento de la generalidad integrada por individuos capaces de querer y entender".⁹

⁹ Derecho Procesal Civil
Editorial Porrúa, México 1987, pags 226-227

En consecuencia, los hechos que reúnan las características descritas, podrán considerarse como notorios y en tal razón no necesariamente deben ser probados.

Existen hechos también sobre los cuales no se admiten pruebas, es decir existe la prohibición de probarlos, según se desprende del artículo 298 de nuestro código de procedimientos civiles el que establece:

Artículo 298 " No se admitirán diligencias de pruebas contra derecho, contra la moral o sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes; sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles".

De anterior artículo notamos que menciona tres clases de hechos:

- a) Hechos que no han sido controvertidos por las partes
- b) Hechos imposibles
- c) Hechos notoriamente inverosímiles

Respecto de los hechos que no han sido controvertidos por las partes, consideramos que quizá la prohibición se establezca en razón de que al no controvertirlos, las partes de alguna manera los están aceptando tal y como han sido expuestos y en tal razón una prueba respecto de ellos sería inútil y atentaría contra el principio de economía procesal.

Por lo que toca a los hechos imposibles, debe extenderse previamente a que se considera hecho imposible y a este respecto el maestro Eduardo Pallares opina:

"El hecho imposible es aquél que de acuerdo con los conocimientos científicos de una época determinada, es contrario a las leyes de la naturaleza o que en sí mismo implique contradicción".¹⁰

Consideramos que en la práctica difícilmente se invocará un hecho con estas características, pero en el caso de que se diere, opinamos que debería darse oportunidad al oferente para que trate de probarlo, ya que dicho artículo esta prejuzgando sobre el resultado de una prueba, ya que solo una vez que se haya desahogado la misma, se sabrá si el hecho es o no imposible.

En cuanto a los hechos notoriamente inverosímiles , consideramos que son aquellos que no pueden creerse, sin embargo al igual que el hecho imposible, debe darse oportunidad al que lo invoca para que trate de probarlo, ya que del resultado de las pruebas que aporte, se sabrá si tienen o no razón en su afirmación.

De lo anterior , hemos observado que solo aquellos hechos que han sido controvertidos y que no son considerados como inverosímiles o imposibles, están obligadas las partes a probar y el juzgador a recibir pruebas respecto de ellos.

Otro objeto de prueba lo constituyen los usos y costumbres, según se establece en el mismo artículo 284 de nuestro código adjetivo.

La costumbre está considerada como una fuente formal del derecho y consiste en "un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio".¹¹

¹⁰ Derecho Procesal Civil
Editorial Porrúa. México 1981, pág. 356

¹¹ García Maynez Eduardo
Introducción al estudio del Derecho
Editorial Porrúa. México 1986. pág. 61

Vemos pues que dentro de esta definición existe inmerso la palabra uso, y en muchas ocasiones hay quien utiliza la palabra uso como sinónimo de costumbre, sin embargo también se le considera diferente de ésta al señalarse que cuando nos referimos a un uso, estamos frente a una práctica circunscrita a un sector social mas reducido como es el caso de los usos existentes en los bancos por ejemplo, de tal suerte que tanto la costumbre como los usos son prácticas reiteradas de determinada actividad, sólo que mientras la costumbre abarca una colectividad amplia, los usos, abarcan un grupo social mas reducido.

Al respecto el maestro Eduardo García Maynez, establece una diferencia entre uso y práctica al señalar que: "En los usos encontramos el elemento objetivo de la costumbre, o sea la práctica mas o menos reiterada y constante de ciertos actos; mas no podemos afirmar lo propio del elemento subjetivo"¹²

Cuando este autor se refiere al elemento subjetivo, quiere decir al uso le falta en quienes lo llevan acabo, la convicción de que éste es jurídicamente obligatorio.

Así pues de acuerdo con el artículo en estudio, cuando se funde el derecho que se invoca en un uso o costumbre, debe probarse. Sin embargo en nuestro sistema jurídico la costumbre desempeña un papel muy secundario y difícilmente puede aplicarse ya que el artículo 14 constitucional establece:

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho". Tal disposición también se encuentra contenida en el artículo 19 del código civil al establecer que: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a

¹² Introducción al Estudio del Derecho
Editorial Porrúa México, 1986, pág. 65

la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del Derecho*.

En tal circunstancia, la costumbre no puede tomarse en cuenta para la resolución de un litigio, por lo que esta demás fundar en una costumbre el derecho que se invoque en juicio.

Existe dentro de nuestro procedimiento otro elemento que es muy importante como objeto de prueba y el mismo se desprende de la lectura del artículo 284 bis de nuestro código adjetivo el cual establece:

Artículo 284 bis " El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero Invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de Informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlo al Servicio Exterior mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes".

El artículo anterior, faculta a un juez mexicano para aplicar cuando así proceda, el derecho extranjero que las partes invoquen, en las mismas condiciones que lo haría el juzgador del país de que sea originario dicho derecho. Así mismo, también establece la necesidad que puede surgir de tener que probar el texto, sentido, vigencia y alcance legal del derecho extranjero, que puede surgirle al propio juzgador, en atención a que si bien éste por la labor que desempeña es considerado como un perito en la materia y por lo tanto está obligado a conocer el derecho, esto se refiere únicamente por lo que toca al derecho aplicable en el país de que este es originario ya que es muy difícil poder estar al tanto de la legislación de otros países cuando la de un sólo país puede ser tan extensa que implique en sí mismo conocerla por completo un gran

esfuerzo, ahora bien, siempre es importante por lo menos tener breves conocimientos de la legislación de otros países, pero difícilmente se puede estar al tanto de la evolución que la misma tenga, cuando la nuestra constantemente está sufriendo reformas y que nuestros juzgadores deben estar al corriente de las mismas como parte de su función, por lo que aún cuando conozcan la legislación extranjera, difícilmente pueden ser expertos en la aplicación de ella, de ahí la necesidad que existe de probar dicha legislación, tanto por el juzgador como por las partes las que pueden solicitar las diligencias necesarias tendientes a probarlo, y resalta también este artículo la función de apoyo que debe prestar al tribunal el Servicio Exterior Mexicano a través de los informes que a este efecto le requiera.

Respecto de este tema de la prueba del derecho extranjero, opina el maestro Carlos Arellano García que:

"Estimamos que en el grado actual de Interpenetración jurídica entre los diversos países es defendible el sistema que exige la prueba del derecho extranjero. Las razones que nos inclinan a aceptar el sistema de prueba del Derecho extranjero, en contra del sistema "iura novit curia" (Los Jueces conocen el Derecho), son los siguientes:

1.- No se han perfeccionado los medios de difusión que permitieran conocer en cualquier país el derecho vigente en otro.

2.- La abundante cantidad de países, hacen de difícil realización el objetivo de contar con la información necesaria acerca del derecho vigente en todos los países del orbe;

3.- El derecho extranjero que se aplique debe ser el vigente y para ello se requiere conocer no cualquier norma jurídica extranjera, sino precisamente la vigente;

4.- Al aplicarse el derecho extranjero las normas jurídicas que lo integran deben ser interpretadas conforme a las reglas exegéticas del

país de procedencia y no según los criterios de hermenéutica que prevalezcan, en el país de recepción del Derecho extranjero.

El mismo autor expone algunas de las pruebas en su concepto pudieran resultar idóneas para probar el derecho extranjero como son:

1o. Información, por la vía diplomática y aún por la consular, del texto, vigencia y sentido interpretativo del Derecho extranjero aplicable;

2o. Certificación por dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, del texto, vigencia y sentido interpretativo del derecho extranjero, la certificación deberá estar debidamente legalizada;

3o. Información proporcionada permanentemente de la nueva legislación de los países; mediante el funcionamiento, de un centro en cada país que compile adecuadamente la legislación extranjera.

4o. Información, proporcionada previa petición, por la autoridad judicial del país de donde procede el derecho extranjero a aplicarse.

5o. Información proporcionada previa solicitud por los agentes diplomáticos y consulares acreditados en el país ante cuyo juez se requiere probar el Derecho extranjero y;

6o. En caso de disputa sobre el texto del Derecho extranjero que requiera traducción, ésta última se encomendará a peritos que dominen el idioma en el que se ha expedido la legislación extranjera.¹³

c) LA CARGA DE LA PRUEBA

Toda vez que las pruebas tienen por finalidad el demostrar al juez la verdad de los hechos que cada una de las partes aducen como fundatorios ya sea de su acción en el caso del actor, o su excepción en el

¹³ Arellano García Carlos o. cit. pags 223-224

caso del demandado, la falta de las mismas, les traerá como consecuencia el perjuicio de no obtener el resultado que persiguen en juicio ya que el juzgador tiene la obligación de resolver atendiendo a lo alegado y probado, para lo cual debe analizar minuciosamente los elementos que se le aparte, de ahí que las partes tienen la carga de aportar los medios de prueba necesarios para conseguir el fin que se proponen. En este sentido la actividad probatoria es considerada no como una obligación de las partes sino como una carga para las mismas, ya que ésta se concreta en una actividad que debe desarrollarse con la mayor diligencia para evitar una resolución desfavorable.

Para los maestros Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga ¹⁴ la carga de la prueba "representa el gravámen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juez para formar su convicción sobre los hechos alegados por sí mismos". Para dichos autores, la actividad probatoria constituye una carga procesal y no una obligación en atención a la diferencia que entre ambas encuentran como son: "La diferencia entre carga y obligación se funda sobre la diversa sanción que en uno y otro caso amenaza a quienes no cumplen un determinado acto; obligación existe cuando la inactividad da lugar a una sanción jurídica (ejecución o penal); si, por el contrario, la abstención en relación con un acto determinado hace perder solamente los efectos útiles del acto mismo, nos encontramos frente a la figura de la carga".

De lo anterior desprendemos que la actividad probatoria se considera una carga procesal en razón de que nadie puede obligar a las partes a desarrollar tal actividad, como podría suceder en el caso de una obligación en que de no cumplir voluntariamente quien debe cumplirla, se le puede obligar incluso por medio de la fuerza a que despliegue la conducta que tal obligación le impone, situación que no sucede con la actividad probatoria, pues el abstenerse de la misma, tan solo redund

¹⁴ De Pina Rafael, Castillo Larrañaga José
Instituciones de Derecho Procesal Civil
Editorial Porrúa, México 1988, pág. 291

en que la parte que las omite no pueda obtener el resultado que las mismas le pudieran producir en el juicio, pero de ninguna manera puede obligarse a que cumpla con esta actividad procesa si el no lo desea.

Nuestro Código de procedimientos civiles establece claramente la carga de la prueba en el artículo 281.

Artículo 281 "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones:

De este artículo se desprende que queda a criterio de las partes el ofrecer pruebas o abstenerse de hacerlo respecto de los hechos que han aducido como fundatorios de su acción o excepción, lo cual redundará en que el resultado de la sentencia les sea favorable o desfavorable.

Bajo el anterior criterio, consideramos que el artículo 282 "El que niega solo está obligado a probar:

- I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresada de un hecho;
- II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante.
- III.- Cuando se desconozca la capacidad
- IV.- Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.

Retomando el criterio que anteriormente hemos establecido, consideramos que este artículo en su primera parte no debiera decir "el que niega solo está obligado a probar", sino que debiera establecer., el que niega solo asumirá la carga de la prueba; y enunciar los casos que establece en sus cuatro fracciones, tomando en cuenta que la actividad probatoria es potestativa y el dejar de observarla solo puede perjudicarle a la parte que lo hizo.

d) FACULTADES DEL JUEZ EN MATERIA DE PRUEBAS.

El juzgador en materia de pruebas tienen varias facultades que al hacer uso de ellas le permiten realizar la tarea que tiene encomendada consistente en buscar una impartición de justicia equitativa y conforme a derecho.

Una primera facultad que asume el juzgador en esta etapa del procedimiento, es el de ser el director del mismo, ya que si bien es cierto que en nuestro Código de Procedimientos Civiles se establecen las reglas y formalidades para ofrecer y desahogar pruebas, también lo es que es el encargado de vigilar que se cumplan las mismas, de tal suerte que asume un papel de director, teniendo además la responsabilidad de recibir las declaraciones y estar presente en todos los actos de prueba, según se desprende del artículo 60 de nuestro código adjetivo que transcribimos a continuación:

Artículo 60 "Los jueces y magistrados a quienes corresponda recibirán por sí misma las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba bajo su mas estricta y personal responsabilidad".

Vemos pues que dicho artículo le confiere claramente la facultad de dirigir personalmente los actos de prueba y que el uso de esta facultad implica también una gran responsabilidad personal en cuanto que debe vigilar que dichos actos sean apegados a derecho.

Otra facultad que tienen asignada el juzgador se encuentra contenida en el artículo 277 de nuestro Código de Procedimientos Civiles y se refiere a que puede decidir la apertura de un juicio a prueba aún cuando las partes no lo hayan solicitado, según se desprende de la lectura del mismo.

Artículo 277 "El Juez mandará recibir el pleito a prueba en el caso de que los litigantes lo hayan solicitado o de que él la estime necesaria. Del auto que manda abrir a prueba un juicio no hay mas recurso que el de

responsabilidad; aquél en que se niegue será apelable en el efecto devolutivo.

Este artículo maneja dos supuestos para que el juez mande abrir un juicio a prueba y son:

- a) Cuando lo soliciten las partes; y
- b) Cuando el lo estime necesario

En el primer caso, o sea cuando las partes lo soliciten, consideramos que esta facultad se apoya en el principio existente en materia procesal de que las partes tienen la carga de la prueba, esto es que tanto el actor como el demandado enfrentan la necesidad de ofrecer los medios de convicción que acrediten los hechos en que fundan su acción o excepción respectivamente.

En el segundo caso; cuando él lo estime necesario. Es la facultad que particularmente nos llama la atención o sea el hecho de que el juez pueda decidir unilateralmente el abrir un juicio a prueba sin que lo hayan solicitado las partes por estimarlo necesario.

Consideramos que aún cuando en el procedimiento existe la carga de la prueba para las partes, y que en razón de ésta las partes pueden pedir al juez la apertura probatoria, y no decidirla él unilateralmente, también cabe la posibilidad de que en algún caso en que aparentemente no sea necesario el ofrecimiento de pruebas porque por ejemplo el demandado se hubiese allanado a lo afirmado por el actor, el juez considere que puede estar ante posible fraude a la ley como pudiera ser el caso en que una persona le demande a otra el otorgamiento y afirma del título correspondiente respecto de un inmueble que pudiera haberle comprado el primero al segundo. En este caso pueden estar las partes en contubernio para simular dicha operación en perjuicio de otra como es que en la realidad no haya existido esa compraventa y solo se lleva a cabo dicho juicio para defraudar a otra persona como pudiera ser la esposa del supuesto vendedor y a la ley misma. Vemos pues que esta facultad puede

servir al juzgador para solicitar al actor en este caso le ofrezca los medios probatorios necesarios no solo para acreditar su acción para robustecer la confesión del demandado o supuesto vendedor.

De la lectura del artículo 278 del mismo código en comentario, encontramos una facultad mas del juzgador en materia de pruebas:

Artículo 278. "Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o aun tercero; sin mas limitación que la de que las pruebas no esten prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral".

Aquí encontramos la facultad que posee el juzgador de poder valerse de las partes, terceros, cosas y documentos que estime necesarios para esclarecer los hechos que le han expuesto las partes en el Juicio. Consideramos que con base en esta facultad puede interrogar a las partes, solicitar el testimonio de terceros, pedir que se le exhiban las cosas y documentos que se requieran, si dichos medios le han sido ofrecidos por las partes como medios de prueba o de no haber sido ofrecidos considere que son necesarios para desempeñar su labor.

Continuando con este análisis que nos ocupa, encontramos que en el artículo 279 de nuestro código adjetivo se prevé otra facultad del juez muy importante en materia probatoria a saber:

Artículo 279. "Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad".

Como lo hemos venido reiterando, las partes tienen la carga de la prueba de su acción o excepción respectivamente. En este sentido, al analizar este artículo, pareciera que el mismo rompe con este principio y otorgar al juez facultades discrecionales para ordenar la práctica o ampliación de pruebas, supliendo así la deficiente actividad de alguna de las partes, sin embargo en nuestro criterio y analizando dicho artículo, consideramos que dicha facultad otorgada al juzgador no rompe con el principio de la carga de la prueba para las partes, sino que mas bien se refiere a que el mismo puede ordenar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria siempre que del ofrecimiento y desahogo de las pruebas aportadas por las partes, le quede alguna duda que sea necesario esclarecer para resolver de la mejor manera el asunto a él planteado, pero de ninguna manera consideramos que releve a las partes de ofrecer pruebas ya que en base a lo que ellas ofrezcan, el juzgador tomará la determinación que estime conveniente para la mejor impartición de justicia.

Una facultad mas para el juzgador en esta materia es la contenida en el artículo 284 bis de nuestro ordenamiento jurídico en cuestión, el que establece:

Artículo 284 bis "El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho Extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.

Respecto de este artículo, ya lo hemos analizado anteriormente con motivo del estudio del objeto de la prueba, en que consideramos al

Derecho extranjero como uno de ellos, es decir, un objeto de prueba. Sin embargo en este punto que ahora nos ocupa, lo analizaremos desde el punto de vista de la facultad que otorga al juzgador en materia probatoria.

En un primer termino faculta al juzgador mexicano para aplicar el derecho extranjero en las mismas circunstancias que lo haría el juzgador del país de origen de dicho derecho; y en segundo lugar, la facultad que nos interesa para nuestro tema, es que le faculta para que a efecto de aplicar ese derecho con la mayor precisión posible, pueda solicitar los informes oficiales que requiera al Servicio Exterior Mexicano; el cual le informará de el contenido, sentido y alcance legal del mismo y también se le faculta para admitir u ordenar las diligencias probatorias que se requieran y estime necesarias para tal efecto.

Así, de esta manera, vemos que de las facultades que hemos analizado, esta nos parece como una de los mas interesantes en razón de la magnitud que implica y el fin que persigue como lo es el hacer posible la aplicación en nuestro país del derecho o vigente en otro, lo cual es un notable avance en nuestra legislación actual.

F) OBLIGACION DE TERCEROS EN MATERIA DE PRUEBAS

para hacer posible la prueba de los hechos en el procedimiento, en muchas ocasiones se requiere de la participación de terceros al juicio, es decir de personas que no siendo parte en el o no teniendo un interés directo en el mismo, se les requiera para que presten su testimonio, exhiban objetos o documentos que tengan en su poder y que sean necesarios para el fin que se persigue. A estas personas a diferencia de las partes que, recordemos pueden abstenerse en su perjuicio de atender un requerimiento del juez en materia de pruebas, y soportar la consecuencia que su negativa le pueda traer, traducida en una resolución desfavorable, en el caso de los terceros, no sucede lo mismo ya que el juzgador puede obligarlos por los medios de apremio previstos en el artículo 73 de nuestro código de procedimientos, para atender el

requerimiento que en materia de pruebas les haga, sustentándose dicha obligación en el artículo 288 "Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia, deben sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ellos fueren requeridos.

Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a terceros, por los apremios mas eficaces, para que cumplan con esta obligación; y en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso.

De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deban guardar el secreto profesional en los casos de que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados".

Vemos pues que este artículo establece la obligación de terceros para cooperar con el juzgador en su búsqueda del conocimiento de la verdad respecto de los hechos controvertidos en el juicio que esté conociendo, y así mismo dicho artículo establece las personas que están exentas de esta obligación y que son a saber:

- 1).- Ascendientes ;
- 2).- Descendientes
- 3).- Cónyuges y
- 4).- Personas que deban guardar el secreto profesional como pudiera ser un abogado, médico o un sacerdote etc., siempre que estos estén relacionados con la persona en contra de quien se trata de probar.

Por otra parte el legislador también previó el que con este requerimiento a los terceros, podría causárseles algún daño o perjuicio y por ello también estableció la obligación de las partes para indemnizar si esto sucediera, según dispone el artículo 280 del ordenamiento en estudio.

Artículo 280 "Los daños y perjuicios que se ocasionen a terceros por comparecer, o exhibir cosas, serán indemnizados por la parte que ofreció la prueba, o por ambas si el juez procedió de oficio, sin perjuicio de hacer la regulación de costas en su oportunidad".

Queda claro, pues que existe la obligación de terceros para auxiliar con su participación al juzgador en su búsqueda de esclarecimiento de los hechos aducidos por las partes en el juicio, que puede obligárseles a prestar tal auxilio y que también existe la obligación de las partes para indemnizarlos de los daños o perjuicios que con dicha conducta se les pudieran ocasionar.

2. 3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA PROCESAL.

Respecto de los principios que rigen a la prueba procesal, el maestro Eduardo Pallares ¹⁵ manifiesta que en su concepto son los siguientes:

1.- El juez no debe juzgar por el conocimiento extraprocesal que tenga de los hechos controvertidos, sino únicamente por el que se desprenda de las constancias de autos.

En nuestra opinión, consideramos que este principio es acertado, ya que el juzgador para resolver un procedimiento, únicamente debe atender aquello que las partes le hayan aportado para demostrar su acción o excepción respectivamente y no basándose en los conocimientos que extraprocesalmente y en forma particular pudiera adquirir, porque en este caso estaría tomando el papel de parte, lo cual contraría uno de los

¹⁵ Derecho Procesal Civil,
Editorial Porrúa, México 1981, pags. 354-355

principios que rigen su labor como es el que debe resolver en forma imparcial.

2.- En principio, las pruebas deben ser producidas por las partes, pero el código actual da amplias facultades al juez para producirlas.

En este principio, las pruebas deben ser producidas por las partes, pero el código actual da amplias facultades al juez para producirlas.

En este principio que nos señala el autor recordemos que las partes tienen la carga de la prueba respecto de los hechos que aducen como fundatorias de su acción o excepción, sin embargo, también puede existir la posibilidad de que el juzgador solicite la ampliación o práctica de pruebas, ordenando se lleve a cabo determinada diligencia con el objeto de esdarecer alguna duda que le pudiera sugerir al analizar las pruebas que las partes le hayan aportado.

3.- Solo los hechos están sujetos a prueba, el derecho únicamente lo está cuando se trata de derecho extranjero, de la costumbre jurídica y de la jurisprudencia".

Respecto de este principio, ya hemos manejado nuestra postura al analizar el objeto de la prueba.

4.- Las pruebas deben ser rendidas en debate contradictorio o por lo menos donde oportunidad a las dos partes para producirlas y objetar las de la contraria. De no ser así, son ineficaces.

Consideramos por nuestra parte que, toda vez que las partes en el juicio tienen intereses contrarios, rendirán en consecuencias pruebas en contrario una parte respecto de la otra, para acreditar su postura en el juicio y por otra parte, no dar oportunidad de aportar pruebas a alguna de las partes o no permitirle objetar las de su contraria, se traduciría en una violación al procedimiento establecido.

5.- No deben admitirse las siguientes pruebas:

- a) Las impertinentes
- b) Las contrarias al derecho
- c) Las inmorales
- d) Las que se refieran a hechos imposibles o notorios
- e) Las que conciernen a hechos cuya existencia o inexistencia no está controvertida en el juicio.
- f) Las contrarias a la dignidad del hombre o al respecto que merece la persona humana
- g) Aquellas sobre las cuales haya cosa juzgada

Consideramos que para establecer este principio bastaba que dijera:

No deben admitirse las pruebas impertinentes, absorbiendo con ello a los incisos a), d), e) y g); las contrarias al derecho; y las contrarias a la moral, absorbiendo con esto a los incisos c) y f).

6.- Es regla general que las pruebas solo pueden ser producidas por las partes durante el término de prueba, pero esta regla tiene excepciones importantes:

Consideramos un ejemplo de ello el caso de alguna prueba superviniente.

7.- Las pruebas rendidas en un juicio pueden hacerse valer en otro diverso, cuando en el primero ha sido escuchada la parte contra la cual se hace valer.

8.- Las máximas de la experiencia no necesitan ser probadas.

9.- Se puede obligar a las partes a producir alguna prueba que le perjudique.

En este principio consideramos que no necesariamente se le puede obligar a alguna de las partes a producir la prueba que le perjudique, pero si se le puede aplicar la sanción que su negativa implique como el caso de considerar como ciertos los hechos que se pretenden probar con dicha prueba.

10.- Todas las pruebas para ser eficaces deben ser documentadas, excepto las presunciones. Respecto de ellas lo que debe documentarse es el hecho en que se fundan.

11.- La enunciacón de los medios de pruebas que hace el código no implica que exista una jerarquía entre los mismos en cuanto a su valor.

Estamos de acuerdo en este principio ya que el valor que se de a cada prueba, será en razón al alcance que le conceda el juzgador al momento de analizarla para resolver el juicio correspondiente.

12.- Las pruebas rendidas en contravención de las reglas que las rigen, son nulas.

13.- Las pruebas que determinan cuales son los medios de prueba y su valor probatorio, pertenecen al derecho sustantivo; las que fijan los procedimientos según los cuales deben rendirse, al procesal.

No estamos de acuerdo con este principio en razón de que el derecho sustantivo solamente se encarga de señalar precisamente derechos y el derecho procesal o adjetivo se encarga de señalar la forma de hacer valer esos derechos y por lo tanto corresponde a éste último señalar los medios de prueba y su valor probatorio.

14.- La nueva ley no debe desconocer los medios de prueba que otorgaba la anterior ni su eficacia probatoria, bajo pena de violar el principio de no retroactividad.

15.- La prueba es esencial al juicio cuando en esta se discuten cuestiones de hecho.

16.- Las leyes relativas a la prueba son de orden público y no pueden ser derogadas por los particulares.

Por su parte el maestro José Ovalle Favela ¹⁶ al referirse a estos principios, manifiesta que en su concepto son los siguientes:

- a) Principio de la necesidad de la prueba
- b) Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos
- c) Principio de la adquisición de la prueba
- d) Principio de igualdad de oportunidades para la prueba
- e) Principio de la publicidad de prueba
- f) Principios de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de prueba.

Este autor nos explica de la siguiente manera los principios enunciados:

Por lo que toca al inciso a) y que se refiere al principio de la necesidad de la prueba, expone:

"Los hechos sobre los cuales deban fundarse la decisión judicial necesitan ser demostrados por las pruebas aportadas por las partes o por el propio juez". En nuestra opinión consideramos acertado este principio y la explicación que de él se hace, aclarando que las partes asumen la carga de la prueba respecto de los hechos que exponen ante el juzgador y a este último corresponde analizar y valorar todas y cada una de las pruebas que le sean aportadas, a efecto de emitir la resolución que corresponda.

¹⁶ Derecho Procesal Civil
Editorial Harla México 1980 págs. 94-96

Respecto al Inciso b) por lo que hace al principio de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, expone:

"El problema ha sido ampliamente comentado en la doctrina y hay posiciones de signo contrario en lo que se refiere a la significación de dicho conocimiento".

Por nuestra parte estimamos acertado este principio que el autor en comentario expone en razón de que consideramos que si el juzgador aplicara el conocimiento que en forma particular tuviere de los hechos, sería como constituirse en parte dentro del procedimiento, lo que de alguna manera dejaría en desventaja a alguno de los interesados en el juicio como lo son las partes.

Respecto del inciso c) que se refiere al principio de la adquisición de la prueba, el autor nos expone que:

"Una vez realizada la prueba, esta ya no pertenece a quien la realiza o aporta sino que es propia del proceso". Consideramos acertada esta exposición en razón de que toda actividad probatoria, una vez que ha sido aportada y desahogada, queda esta como constancia en el procedimiento, para ser tomada en cuenta y valorarla al momento de emitir resolución.

Respecto al inciso d) que enuncia el principio de igualdad de oportunidades para la prueba, expone el autor:

"Dicha igualdad significa que las partes dispongan de las mismas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y constituye en nuestra opinión, solo una aplicación del principio de igualdad de las partes que debe regir a lo largo de todo el proceso, para la etapa de la prueba". Por nuestra parte estamos de acuerdo con esta opinión.

En cuanto al inciso e) que se refiere al principio de la publicidad de la prueba, el autor nos expone que:

"La publicidad de la prueba implica la posibilidad de que las partes y terceras personas puedan reconstruir las motivaciones que determinaron la decisión, en otras palabras, que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deban ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello". En lo personal consideramos que mas bien este principio se refiere a que las partes deben tener la oportunidad de conocer cuales fueron las pruebas que su contraparte aportó en el juicio, con el objeto de poder en su caso objetarlas si considera que es procedente hacerlo.

Por último, respecto del inciso f) en cuanto al principio de Inmediación y de la dirección del juez en la producción de prueba, nos expone el autor lo siguiente.

"Estos principios denotan que el juez debe ser quien dirija, de manera personal, sin mediación de nadie, la producción de la prueba. Este desde luego implica variaciones en cuanto a que el proceso tenga tendencia hacia la escritura o hacia la oralidad, y es obvio que en éste último, tales principios de Inmediación y de dirección del juez en la prueba se cumplirán más cabalmente".

Consideramos que en efecto nuestro Código de Procedimientos Civiles establece las reglas a las que deben sujetarse las partes en materia de pruebas, pero es el juzgador quien debe vigilar que dichas reglas se cumplan cabalmente para una mejor impartición justicia.

Concluyendo este tema de los principios rectores de la prueba procesal, consideramos que de los dos criterios que hemos expuesto como son el del maestro Eduardo Pallares y el del maestro Ovalle Favela, éste último aún cuando es mas restringido en número, es mas amplio en cuanto a contenido y alcance, así como es mas apegado a las reglas que fija

nuestro código en esta materia por lo que nos adherimos a este autor con las observaciones que hemos anotado al exponer su criterio.

2.4 CLASIFICACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Hablar de una clasificación de los medios de prueba, es referirnos a un tema puramente doctrinal, ya que nuestro Código de Procedimientos Civiles no se encarga de establecerla, sino que mas bien se refiere a los términos y formalidades que deben observar en materia de pruebas tanto el juzgador como las partes en el juicio. En tal virtud y dado que la doctrina es casi unánime en este tema, nos avocaremos a exponer la clasificación que hace el maestro Rafael Pina ¹⁷ quien la realiza atendiendo a los siguientes criterios a saber:

1.- En atención a la naturaleza del proceso "puede ser la prueba penal, civil o mercantil, incluyéndose en la civil la de los procesos de las jurisdicciones contencioso- administrativo, laboral y fiscal".

2.- Por el grado de convicción que produzca en el juez "se han dividido en plena y semiplena. La primera es aquella que alcanza un resultado positivo, que permite sea aceptada sin el temor fundado de incurrir en error, la segunda no puede considerarse, realmente, como una verdadera prueba, pues, de hecho no es otra cosa que una prueba frustrada.

3.- Las pruebas pueden ser también directas o indirectas. "Se llaman directas cuando por ellas, sin interferencias de ninguna clase, se demuestra la realidad o certeza de los hechos, e indirecta cuando sirven para demostrar la verdad de un hecho, pero recayendo en o por mediación de otros con el que aquel está íntimamente relacionado.

4.- Pueden ser también las pruebas reales o personales, se califican de reales cuando el conocimiento se adquiere por la inspección a

¹⁷ Tratado de las Pruebas Civiles
Editorial Porrúa. México 1975, págs. 73-77

análisis de un hecho material. Se califican de personales si conducen a la certeza mediante el testimonio humano*

5.- Otra división es la de históricas y críticas:

"La Prueba histórica se concreta en la observación personal del juez frente al hecho a probar o en la de terceras personas aptas para representarlo ante él; la prueba crítica se traduce en una operación lógica en virtud de la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a otro desconocido, que queda también probado".

6.- Con relación al tiempo en que se produce la prueba, esta se divide en simple o constituida (en el proceso) y preconstituida (con anterioridad al proceso).

Son simples las pruebas que se forman durante la tramitación del procedimiento y a causa de este. Tales son las declaraciones de testigos, extraños a la controversia, dictámenes periciales etc. Estas pruebas también son llamadas por constituir porque se forman después de la constitución o durante el desarrollo del proceso.

Las pruebas preconstituidas son las que preexisten a la formación del juicio, las que las partes crean preventivamente, para el caso de que surja una contienda posterior. A esta clase pertenecen los documentos otorgados ante fedatarios, como son los notarios o los corredores; las informaciones ad perpetuam, etc.

2.5 PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Para abordar el presente tema, lo dividiremos por cuestiones prácticas de la siguiente manera a efecto de un mejor desarrollo.

- a) Medios de Prueba
- b) Término de Ofrecimiento de Prueba
- c) Admisión de Pruebas
- d) Recepción o desahogo de Pruebas

a) MEDIOS DE PRUEBA

Hemos establecido que la actividad de las partes en el juicio está dirigida hacia la consecución de un fin, como es el demostrar al juzgador la certeza de su acción en el caso del actor y de su excepción en el caso del demandado, pero para lograrlo, deben valerse de todos aquellos elementos o medios de convicción tendientes a lograr tal fin, y a estos se les llama medios de prueba.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles actual no establece un listado de los medios de prueba que las partes pudieran utilizar en el procedimiento según se desprende del artículo 289 el cual establece:

Artículo 289. "Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos".

Según se desprende de éste artículo, no se encuentra enumeración limitativa de los medios que pueden valerse las partes y el juzgador para el descubrimiento de la verdad, ya que en base a dicho artículo, consideramos que pueden utilizarse un sin fin de medio que puedan ser útiles al esclarecimiento de los hechos y la única limitación que podríamos encontrar sería la establecida por el artículo 278 de nuestro código adjetivo que establece:

Artículo 278. "Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin mas limitaciones que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral"

En este artículo encontramos lo que consideramos es la única limitación en cuanto a las pruebas que pueden aportarse en juicio y se refiere a que las mismas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

En la práctica, y dado que como hemos mencionado no se establece una enumeración limitativa de los medios de prueba, las partes

se guían por lo establecido hasta antes de la reforma de 1986 que sufrió dicho artículo 289, el que estableció textualmente:

Artículo 289. "La ley reconoce como medios de prueba

I.- Confesión

II.- Documentos Públicos

III.- Documentos Privados

IV.- Dictámenes Periciales

V.- Reconocimiento o Inspección Judicial

VI.- Testigos

VII.-Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia

VIII.-Fama pública

IX.- Presunciones

X.- y demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

Vemos que dicho artículo tampoco limitaba el número de medios de prueba que pudieran utilizarse en juicio, pero sí establecía una base determinando algunos y previniendo otros. Hoy en día como hemos dicho, sirve de base este artículo para un ofrecimiento de pruebas y aún cuando nuestro código de procedimientos solo regula algunos de las ya mencionadas y por ejemplo ha derogado la fama pública, consideramos que si se exhiben algunos medios de los enunciados en la última parte de la fracción VII y la fracción X, el juzgador debe tomarlos en cuenta y valorarlos como corresponda, atendiendo a lo dispuesto en el actual artículo 289 y el 278 de nuestro código en estudio.

b) TERMINO DE OFRECIMIENTO DE PRUEBAS

Esta etapa del procedimiento en que las partes pueden aportar los medios que estimen pertinentes para acreditar al juzgador la veracidad de los hechos que han expuesto en el juicio, debe ser desarrollada dentro de un periodo establecido por nuestro Código de Procedimientos Civiles el cual dispone en el artículo 290:

Artículo 290 "El periodo de ofrecimiento de pruebas es de diez días que empezarán a contarse desde el día siguiente al de la notificación del auto que manda abrir el juicio de prueba.

Este artículo establece una regla general en cuanto al término para ofrecer pruebas, sin embargo observamos que dicha regla puede quebrantarse por ejemplo en el caso de la prueba confesional a la que se le considera como una prueba privilegiada en atención a que esta puede ofrecerse fuera del periodo establecido en el artículo anterior, según se desprende del artículo 308 de nuestro Código adjetivo, el que dispone:

Artículo 308. "Desde que se abra el periodo de ofrecimiento de pruebas hasta antes de la audiencia, podrá ofrecerse la prueba de confesión, quedando las partes obligadas a declarar bajo protesta de decir verdad, cuando así lo exija el contrario, siempre que la prueba se ofrezca con la debida oportunidad, que permita su preparación"

Conforme a este artículo observamos que para efecto del término en que el litigante puede ofrecerla, solamente debe observar el tiempo necesario que se requiera a efecto de poder preparar esta prueba, para estar en condiciones de desahogarla en la audiencia respectiva, tomando en cuenta el tiempo para citar a su contraparte lo que podrá hacerse hasta veinticuatro horas antes de dicha audiencia según se desprende de lo establecido por nuestro código adjetivo en el artículo 309 que dispone:

Artículo 309. "El que haya de absolver posiciones será citado personalmente a mas tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso".

Así pues el litigante que desee ofrecer dicha prueba fuera del término originalmente establecido de diez días, debe observar cuidadosamente las circunstancias que hemos expuesto a efecto de que la misma le sea admitida y le sea útil para el fin que persigue.

También pueden ofrecerse algunos documentos fuera de dicho término si éstos reúnen las características que dispone el artículo 294 de nuestro código procedimental.

Artículo 294 " Los documentos deberán ser presentados al ofrecer la prueba documental. Después de este periodo no podrán admitirse sino los que dentro del término hubieren sido pedidos con anterioridad y no fueren remitidos al juzgado sino hasta después; y los documentos justificativos de hechos ocurridos con posterioridad, o de los anteriores cuya existencia ignore el que los presente, aseverandolo así bajo protesta de decir verdad".

Observamos que este artículo se refiere a las que denominamos pruebas supervinientes como es el caso de los documentos justificativos de hechos ocurridos con posterioridad, o de aquellos de existencia anterior pero que la misma sea ignorada por la parte que las ofrece, situación que debe manifestar bajo protesta de decir la verdad.

De esta manera, observamos que aún existiendo un término general para ofrecimiento de pruebas, existen algunas que pueden ser ofrecidas fuera de él, como es el caso de las que hemos mencionado anteriormente.

c) ADMISION DE PRUEBAS

Una vez que las partes han realizado el acto de ofrecimiento de pruebas y una vez que ha fenecido el término que para este efecto es concedido, corresponde al juzgador hacer el pronunciamiento respecto de que pruebas son admitidas y cuales son desechadas según se desprende de lo establecido por el artículo 298 de nuestro código adjetivo.

Artículo 298 "Al día siguiente en que termine el periodo de ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admitan sobre cada hecho, pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente.

No se admitirán diligencias de pruebas contra derecho, contra la moral o sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles. Contra el auto que deseché una prueba proceda la apelación en el efecto devolutivo, cuando

fuere apelable la sentencia en lo principal. En los demás casos no hay mas recursos que el de responsabilidad*.

De dicho artículo se desprenden las reglas a que queda sujeto el juzgador para efecto de pronunciar el auto admisorio como son:

1).- La resolución en la que se determinen las pruebas que se admitan o se desechen a las partes, ha de dictarse al día siguiente en que termine el periodo de ofrecimiento de pruebas.

Aquí debemos recordar que el procedimiento por lo general está sujeto al impulso que le den las partes, ya que debido al gran cúmulo de trabajo que tienen los juzgados, difícilmente en la práctica, el juzgador hará un pronunciamiento sin que medie promoción de parte, por lo que, para que dicho auto sea dictado, se requiere que el mismo le sea solicitado mediante la promoción respectiva, al igual que para cualquier pronunciamiento en el juicio.

2).- El juez, conforme a este artículo puede limitar prudencialmente el número de testigos que ofrezcan las partes:

Por nuestra parte, consideramos acertada esta disposición del artículo en comentarlo, en razón de que con la misma, el juzgador puede evitar que las partes atenten contra la celeridad que debe tener el proceso, y solo acepte la cantidad de testigos que considere necesarios, evitando con ello pérdida de tiempo en el examen de un abultado número de testigos.

3).- No se admitirán diligencias de pruebas contra derecho.

Aquí consideramos que el juzgador debe poner especial cuidado para desechar una prueba que estime se adecúa a ese supuesto.

4).- No se admitirán diligencias de pruebas contra la moral.

Aquí consideramos debe tomarse en cuenta el tipo de juicio que se está ventilando y en base a ello admitir o desechar una prueba, ya que en algunos casos una probanza pudiera ser considerada Inmoral, pero en algunos otros quizá sea necesaria.

5).- No se admitirán pruebas sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes:

Consideramos que una prueba ofrecida de esta manera, sería considerada como inútil, por lo que debe desecharse en razón de que nada aportaría al proceso.

6).- No se admitirán pruebas sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles.

En esta parte del artículo, consideramos que se está prejuzgando un hecho antes de desahogar una probanza cuyo resultado es el único que pudiera establecer la imposibilidad o inverosimilitud de un hecho, por lo que opinamos debe admitirse una probanza y observar su resultado, así en base a esto es determinar la calidad del hecho en cuestión.

Por otra parte este auto, para efecto de admitir una probanza debe observar que las partes cumplan con los requisitos establecidos para algunas de las pruebas como por ejemplo: en el caso de la testimonial, debe ofrecerse el nombre y domicilio de los testigos; para la prueba de confesión debe ofrecerse el pliego de posiciones que ha de absolver la parte a cuyo cargo se hace y pedir su citación para tal efecto, aunque esta prueba puede admitirse aún sin que se ofrezca en ese acto el pliego y el mismo se presente momentos antes de la audiencia en que la misma deba desahogarse, además de poderse formular posiciones verbales en la audiencia; en el caso de la prueba pericial, debe ofrecerse expresando los puntos sobre los que versará, así como las cuestiones que deban resolver los peritos, requisitos sin los cuales no debe admitirse; en el caso de documentos que las partes no tienen en su poder, deben expresar el archivo en que se encuentren, si se encuentran en poder de terceros y si son propios o ajenos; en el caso de la Inspección judicial, deben determinarse los puntos sobre los que la misma ha de versar.

Así pues para efectos de ser admitida una probanza, debe atenderse a lo establecido al respecto por nuestro código de procedimientos civiles, sin lo cual, podrán validamente ser desechadas.

d) RECEPCION O DESAHOGO DE PRUEBAS

Una vez que se ha determinado que pruebas se admiten a las partes, en seguida debe prepararse su recepción o desahogo para determinar el alcance probatorio que las mismas puedan tener en juicio. La preparación consiste en realizar los trámites o actos que se requieren a efecto de poder desahogar una probanza y así por ejemplo, para desahogar la prueba testimonial, hace falta que previamente sean citados los testigos, lo mismo que la prueba confesional en que previamente debe citarse a la parte que deba absolverla; en el caso de la prueba pericial, los peritos una vez que se les ha notificado y ellos han aceptado el cargo, debe emitir su dictamen y presentarlo en la audiencia respectiva; cuando se requiere de algún informe a una dependencia, deben girarse previamente los oficios respectivos a efecto de solicitarlo, así sucesivamente, quedando todo ello sujeto al impulso que las partes den al procedimiento.

Una vez que se encuentran preparados las probanzas, procede su desahogo para lo cual deben observarse entre otras las siguientes reglas.

Artículo 299., "El juez al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas en forma oral.

La recepción de las pruebas se hará en una audiencia a la que se citará a las partes en el auto de admisión, señalándose al efecto el día y la hora teniendo en consideración el tiempo para su preparación. Deberá citarse para esa audiencia dentro de los treinta días siguientes a la admisión.

La audiencia se celebrará con las pruebas que estén preparadas, dejándose a salvo el derecho de que se designe nuevo día y hora para recibir, los pendientes, y para el efecto se señalará la fecha para su continuación la que tendrá verificativo dentro de los quince días siguientes. En este caso no hay que seguir el orden establecido para la recepción de las pruebas"

De este artículo observamos lo siguiente:

- 1.- El desahogo de las pruebas deben realizarse en forma oral
- 2.- Para tal efecto se señalará una audiencia a la que se citará a las partes, determinándose el día y hora en que deba celebrarse.
- 3.- Dicha audiencia debe celebrarse dentro de los treinta días siguientes al auto de admisión, tomando en cuenta el tiempo que se requiera para preparar las pruebas que así lo requieran.

En la práctica puede existir la posibilidad de que debido a gran cúmulo de trabajo que tenga un juzgado y al gran número de audiencias programadas con anterioridad, dicha audiencia sea señalada en un término mayor, pero en condiciones normales debe ser dentro de los 30 días siguientes al auto admisorio.

4.- Llegado el día señalado para la celebración de la audiencia, se procederá al desahogo de las pruebas que han sido preparadas, dejándose pendientes de desahogo las que no lo estén.

5.- A efecto de recibir o desahogar las pruebas pendientes, se señalará nuevo día y hora para la celebración de otra audiencia, la que debe llevarse a cabo dentro de los quince días siguientes.

En esta parte del artículo se prevé el que no puedan desahogarse todas las pruebas en una sola audiencia, ya sea por falta de tiempo o porque no se encuentren preparadas, y para tal efecto puede señalarse nueva fecha para su continuación la que debe verificarse dentro de los quince días siguientes a la anterior.

Aquí también debemos señalar que este término puede alterarse debido al gran número de audiencias programadas con anterioridad, lo que puede hacer que la misma se lleve a cabo en un término mayor y también recordemos que las partes a efecto de impulsar el curso del procedimiento, deben intervenir en la preparación de las probanzas, lo que se lleva a cabo, como ya mencionamos anteriormente realizando los actos necesarios a efecto de que puedan desahogarse como son entre otros; mandar citar a los testigos, citar a la contraparte para el desahogo de la confesional, encargar que se giren los oficios que se requieran, se hagan las notificaciones necesarias etc.

Todo lo anterior se da por lo que respecta a las probanzas que deben desahogarse en el lugar del juicio en nuestro caso dentro del Distrito Federal, pero cuando deban desahogarse fuera de dicho lugar, deberá observarse lo establecido por el artículo 300 de nuestro código de procedimientos civiles:

Artículo 300. "Cuando las pruebas hubieren de practicarse fuera del Distrito Federal o del país, se recibirán a petición de parte dentro de un término de sesenta y noventa días respectivamente siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- 1.- Que se solicite durante el ofrecimiento de pruebas.
- 2.- Que se indiquen los nombres y residencia de los testigos que hayan de ser examinados, cuando la prueba sea testifical;

3.- Que se designen en caso de ser prueba instrumental, los archivos públicos o particulares donde se hallen los documentos que han de testimoniarse, o presentarse originales.

El juez al calificar la admisibilidad de las pruebas, determinará el monto de la cantidad que el promovente deposite como multa en caso de no rendirse la prueba. Sin este depósito no se hará el señalamiento para la recepción de la prueba".

Por su parte el artículo 301 del mismo código dispone:

Artículo 301 "Al litigante al que se le hubiere concedido la ampliación a que se refiere el artículo anterior, se le entregarán los exhortos para su diligenciación y si no rindiere las pruebas que hubiere propuesto, sin justificar que para ello tuvo impedimento bastante, se le impondrá una multa que fijará el juez hasta por los montos que señala la fracción II del artículo 62 de este código, incluyendo la anotación en el registro judicial a que se refiere el artículo 61; así mismo se le condenará a pagar indemnización de daños y perjuicios en beneficio de su contraparte, y además se dejará de recibir la prueba".

De estos dos artículos observamos que las probanzas a que se refiere, además de que la parte que las ofrezca debe cubrir los requisitos que se señalan, tienen un término fijo establecido para su desahogo como son 60 días para las que deban desahogarse fuera del lugar del juicio pero dentro del país y 90 días si deben desahogarse fuera del país, de lo contrario la parte que las ofrezca y le sean admitidas, debe soportar la pena establecida en el artículo 300 que hemos transcrito. Esta situación no sucede con las pruebas, que deben desahogarse dentro del lugar del juicio ya que aún cuando se establece que la audiencia para su desahogo debe efectuarse dentro de los 30 días siguientes al auto admisorio de las mismas esto no quiere decir que todas las pruebas se desahoguen en un sola audiencia, ya que se irán desahogando conforme sean preparadas, lo que trae como consecuencia que no haya un término fijo para tal efecto, ya que el mismo dependerá del impulso que las partes le den al proceso.

Por último debemos señalar algunas reglas generales que se establecen en el Código de Procedimientos Civiles en cuanto a la audiencia de recepción de pruebas.

Artículo 387. Constituido el tribunal en audiencia pública el día y hora señalados al efecto, serán llamados por el secretario, los litigantes peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban

Intervenir en el juicio y se determinará quienes deban permanecer en el salón y quienes en lugar separado, para ser introducidos en su oportunidad.

La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos y los abogados*.

Artículo 388. Las pruebas ya preparadas se recibirán, dejando pendientes para la continuación de la audiencia las que no lo hubieran sido*.

Estos artículos se refieren al desenvolvimiento que debe tener la audiencia de desahogo de pruebas, así mismo debe levantarse el acta respectiva, según dispone el artículo 397.

Artículo 397. " De esta audiencia, el secretario, bajo la vigilancia del juez levantará acta desde que principie hasta que conduzca la diligencia, haciendo constar el día, lugar, y hora, la autoridad judicial ante quien se celebra, los nombres de las partes y abogados, peritos, testigos, interpretes, el nombre de las partes que no concurrieron, las decisiones judiciales sobre legitimación procesal, competencia, cosa juzgada e incidentes, declaraciones de las partes en la forma expresada en el artículo 389 de este código, extracto de las conclusiones de los peritos y de las declaraciones de los testigos conforme al artículo 392 del mismo ordenamiento, el resultado de la inspección ocular si la hubo y los documentos ofrecidos como pruebas ya en el auto de admisión., las conclusiones de las partes en el debate oral, a no ser que por escrito las hubieren presentado los litigantes, y los puntos resolutivos de fallo.

Los peritos y testigos pueden retirarse de la audiencia después de desempeñar su cometido, firmando al margen del acta en la parte correspondiente a ellos*.

Por lo que respecta a los tribunales, se impone bajo su mas estricta vigilancia la observación de las siguientes reglas en esta audiencia.

Artículo 398 "Los tribunales, bajo su mas estricta responsabilidad, al celebrar la audiencia de pruebas y alegatos deben observar las siguientes reglas:

I.- Continuación del procedimiento, de tal modo que no pueda suspenderse ni interrumpirse la audiencia hasta que no haya terminado; en consecuencia desecharan de plano las recusaciones y los incidentes que pudieran interrumpirla.

II.- Los jueces que resuelvan deben ser los mismos que asistieron a la recepción de las pruebas y alegatos de la partes.

III.- Si por causa insuperable dejare el juez de continuar la audiencia y fuere distinto el que lo sustituyere la audiencia y fuere distinto el que lo sustituyere en el conocimiento del negocio, puede mandar repetir las diligencias de prueba si estas no consisten solo en documentos.

III.- Mantener la mayor igualdad de las partes, de modo que no se haga concesión a una de ellas sin que se haga lo mismo con la otra.

IV.- Evitar discreciones, reprimiendo con energia las promociones de las partes que tiendan a suspender o retardar el procedimiento y, si fuere procedente, aplicarán lo ordenado por el artículo 61 de este código, y:

V.- Siempre será pública la audiencia, excepto en los casos a que se refiere el artículo 59 de este ordenamiento.

De esta manera en este capítulo nos hemos referido a tres momentos procesales del capítulo de pruebas como son: ofrecimiento,

admisión y desahogo, dejando pendiente la apreciación o valoración de la misma para el capítulo cuarto del presente trabajo, por ser esta etapa procesal una parte medular para el mismo.

CAPITULO III. LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA CIVIL.

3.1 Concepto de Prueba Pericial

3.2 Concepto de Perito

3.3 Ofrecimiento, admisión y desahogo de la prueba Pericial

3.4 El perito tercero en discordia

3.5 Naturaleza Jurídica del Perito

3.6 Honorarios de los peritos y quien debe pagarlos

3.7 Situaciones que se crean con motivo de los honorarios del perito tercero en discordia y el de las partes.

El presente capítulo al igual que el siguiente constituyen la base medular del presente trabajo y por lo tanto en ellos nos avocaremos a efectuar el análisis del tema, así como a exponer las inquietudes que nos llevaron a ocuparnos del mismo, las que surgieron durante nuestra etapa como estudiante y que tomaron forma con las primeras experiencias en el ámbito profesional, es decir en el campo de la práctica.

Para abordar un tema, consideramos que es pertinente primeramente definirlo, a efecto de establecer claramente que es lo que nos va a ocupar y dado que en el presente capítulo analizaremos a la prueba pericial en materia civil, consideramos que es importante

comenzar por definir que es la prueba pericial para continuar con su desarrollo. Así pues, comencemos por exponer un concepto de ella:

3.1 CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL

El artículo 293 de nuestro Código de Procedimientos civiles establece:

Artículo 293. "La Prueba Pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o lo mande la ley, y se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará, sin lo cual no será admitido, y si se quiere, las cuestiones que deban resolver los peritos".

Este artículo no se encarga de definir a la prueba que nos ocupa, sino que establece cuando procede de la misma, así como las formalidades con que las partes deben ofrecerla a efecto de ser admitida en juicio. Sin embargo, consideramos que el mismo ha servido como base para los distintos autores a efecto de elaborar su concepto de dicha prueba. Por nuestra parte, primeramente nos encargaremos de exponer algunos conceptos que la doctrina nos aporta y posteriormente elaboraremos uno propio y así por ejemplo tenemos que: el maestro Cipriano Gómez Lara define a la prueba pericial como:

"El medio de confirmación por el cual se rinden dictámenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a la legalidad causal que lo rige".¹

Por su parte el maestro José Ovalle Favela, al referirse a la citada prueba la define como:

¹ Gómez Lara Cipriano. Derecho Procesal Civil Editorial Harla. México 1991.. pág 151

"El juicio emitido por personas que cuentan con alguna preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia":

El maestro Jorge Alberto Silva opina que la prueba pericial consiste en :

" El Informe o declaración de experto en una rama del saber en el que previa aplicación del método científico expresa su juicio, opinión o resultado en torno a una cuestión específica (científica, técnica y artística) que se le ha planteado" ²

Por su parte el maestro Devis Echandía expone que:

"Es una actividad procesal desarrollada, en virtud del encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes, se trata de una actividad humana, mediante la que se verifican hechos, se determinan sus características y modalidades, cualidades y relaciones con otros hechos, las causas que los produjeron y sus efectos".

4

Por su parte el maestro Guillermo Colín Sánchez determina que:

"Es el acto procedimental en el que el técnico o especialista en un arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, o cosa, emite un dictamen conteniendo su parecer y los

² Ovalle Favela José Derecho Procesal Civil Editorial Harla, México 1989 pág. 159

³ Silva Silva Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal Editorial Harla México 1990. Pags. 615-616

⁴ Devis Echandía Hernando Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Editorial Fidenter S.A. Buenos Aires 1981 287

razonamientos técnicos sobre la materia en la que se ha pedido su intervención"

Finalmente, el maestro Carlos Arellano García después de analizar diversos conceptos de otros tantos autores manifiesta que:

"La Prueba pericial es el medio crediticio propuesto a iniciativa de alguna de las partes o del juzgador que se desarrolla mediante la intervención de perito o peritos".⁶

Esta autor sustenta su concepto con los siguientes elementos.

a) "La iniciativa de la prueba pericial puede provenir de alguna de las partes que ejerce su derecho a ofrecer esta probanza y también puede tener su origen en una determinación judicial, cuando las partes no han ofrecido las pruebas y el juzgador está consciente de la necesidad de que le aporten datos especializados de conocimiento"

b) "El desenvolvimiento característico de la prueba pericial es la injerencia de peritos a de perito. Establecemos esta distinción porque lógicamente y legalmente puede acudirse a un solo perito cuando ambas partes están de acuerdo en la intervención de una sola persona. También hacemos esta distinción porque tratándose de intérprete puede ser que se haga la designación de una sola persona".

c) "Le damos a la prueba pericial el carácter de un medio de prueba pues, es uno de los instrumentos que contribuye a la demostración de los hechos que se han aducido dentro del proceso".

De los anteriores conceptos que hemos transcrito, observamos que este es un medio de prueba que a efecto de poder desahogarlo, hace falta la intervención de un tercero, que posea conocimientos especializados en determinada arte, ciencia, técnica o industria, mismos

⁶ Arellano García Carlos. Derecho Procesal Civil Editorial Porrúa México 1987, pags. 333-334

que debe aportar para emitir un juicio respecto del hecho que para apreciarlo haga falta este tipo de conocimientos que ilustren al juzgador y que éste a su vez quede en posibilidad de valorarlos. De esta manera, en nuestro concepto la prueba pericial es:

El medio de acreditamiento establecido por la ley, consistente en la conclusión que emite uno o varios expertos en hechos, que para su apreciación, se requiere de conocimientos especializados en determinada ciencia, arte, técnica o industria y que sirven al juzgador para poder apreciarlos y valorarlos en su resolución.

De este concepto que aportamos, establecemos que:

a) Es un medio de prueba establecido por la ley en virtud de que la misma se encuentra regulada en nuestra legislación procedimental.

b) Consiste en la conclusión emitida por expertos en hechos para los que se requieren conocimientos especializados en determinada ciencia, arte, técnica o industria, en razón de que es precisamente el resultado del análisis que sobre dichos hechos haga, lo que sirva como prueba en un juicio.

c) Finalmente consideramos que esa conclusión a que llegue dicho experto va dirigido al juzgador quien se auxilia de ella para apreciar y valorar los hechos que con esas características le son puestos a su consideración en un juicio, a efecto de poder emitir su resolución sobre ellos.

3.2 CONCEPTO DE PERITO

En el punto anterior, nos hemos encargado de definir a la prueba pericial, la cual se basa en la actividad que desarrolla el perito dentro de un juicio en que es requerido para tal efecto, por lo que ahora en este punto nos encargaremos de definir la persona que desarrolla esta

actividad y así tenemos que los diferentes doctrinarios que se ocupan de nuestra materia lo definen de la siguiente manera:

Para el maestro Rafael de Pina Perito es:

"La persona entendida en alguna ciencia o arte, que puede ilustrar al juez o al tribunal acerca de los diferentes aspectos de una realidad en mayor grado que los que entran en el caudal de una cultura general medio"⁷

Para este autor, el perito es aquella persona que puede ilustrar al juzgador en los hechos sobre los que es entendido y que posee conocimientos que lo ponen en una situación que le permite apreciar lo que a otra persona sin esos conocimientos le sería imposible entenderlos y explicarlos.

El maestro José Becerra Bautista define a los peritos como:

"Las personas que auxilian al juez con sus conocimientos científicos, artísticos o técnicos en la investigación de los hechos controvertidos"⁸

Este autor define al perito como un auxiliar del juzgador al cual le aporta los conocimientos que posee a efecto de esclarecer los hechos que para su apreciación se requiere de tales conocimientos.

El maestro Carlos Arellano García por su parte establece que perito es:

⁷ De Pina Rafael Tratado de las Pruebas Civiles Editorial Porrúa México 1975., pág. 183

⁸ Becerra Bautista José. El Proceso Civil en México Editorial Porrúa México 1986. Pág. 131

"La persona física, dotada de conocimientos especializados en alguna rama del saber humano, que puede auxiliar al juzgador en el conocimiento de alguno o algunos de los hechos controvertidos en un proceso sin ser parte en este"⁹

Este autor sustenta este concepto con los siguientes argumentos:

a) "El perito es una persona física. Hoy por hoy en el mundo de los negocios y de la actividad productiva ya existen bufetes o instituciones especializadas en el asesoramiento y la consulta que cuentan con un equipo de especialistas en una rama de la ciencia o de la técnica y que dictaminan a pedido de los interesados. En la materia procesal civil, todavía no se ha impreso el dinamismo necesario a la legislación para aprovechar la posible intervención de esas personas morales organizadas para la ilustración técnica o científica".

b) La característica básica del perito es la pericia, valga la expresión tautológica, es decir, la posesión de conocimientos especializados en alguna rama del saber humano. Hemos deseado en estas frases englobar los conocimientos científicos, artísticos, industriales, técnicos, comerciales, agrícolas, y aún los que son producto de una larga experiencia en alguna actividad humana. La especialidad del conocimiento lleva a la amplitud y a la profundidad de ese percatarse en una rama determinada. El perito es un especialista en una rama del saber humano. Sus conocimientos se supone que son amplios y profundos sobre algo especializado.

c) "La misión del perito, procesalmente considerado, es aportar sus luces, su ilustración, su auxilio cognositivo, al juzgador. Es un auxiliar necesario de la administración de justicia. Utilizamos la palabra juzgador para involucrar tanto al juez individual como al juzgador colegiado que puede ser un tribunal".

⁹ Arellano García Carlos. Derecho Procesal Civil Editorial Porrúa México 1987 págs. 334-335

d) " el Perito es llamado a su tarea de auxiliar de la administración de justicia respecto de los hechos controvertidos en el proceso. Sabemos que las pruebas tienen razón de ser como medios de demostración de los hechos aducidos por las partes y que no son admitidos por la contraria; es decir, que se trata de hechos contradictorios, integradores de la litis, o sea, hechos controvertidos. Si los hechos no se controvierten sería superflua la intervención del perito.

e) Por último, el perito es un sujeto que no se identifica personalmente con las partes. Una de las partes puede tener conocimientos periciales o ambas, así como también el juez pero, el perito es una persona que no se identifica personalmente con ninguna de las partes ni con el juez. Se trata de una persona distinta que viene a juicio, no para controvertir sus intereses, sino para prestar una labor que coadyuva con la dicción del derecho.

Por su parte el maestro Carlos J. Rubianes al referirse al perito, lo define de una forma que consideramos muy completa a saber:

"Es la persona física, nombrada por la autoridad en un proceso penal, a fin de que mediante juicio técnico dictamine con veracidad e imparcialidad, opinando y emitiendo conclusiones, sobre puntos concretos relacionados con hechos o circunstancias, sus causas o efectos, para cuya apreciación son indispensables conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o técnica"¹⁰

Del concepto que en esta ocasión exponemos, hacemos las siguientes observaciones:

¹⁰ J. Rubianes Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal
Ediciones de Palma Buenos Aires.
Buenos Aires Argentina 1983.. pág 347

1.- En principio este concepto esta expuesto en atención a un proceso penal, pero sin embargo bien puede adaptarse a cualquier proceso que sea necesario, con tan solo cambiar la palabra penal por el nombre de la materia a la que se desee adaptar, por ejemplo civil, laboral, fiscal etc.

2.- En efecto, de acuerdo a nuestra materia, debemos precisar que aquí quienes pueden nombrarlo son las partes en el juicio y el juzgador, este último lo hará cuando alguna de las partes se abstenga de nombrar perito de su parte y en el caso del tercero en discordia.

3.- El fin para el que se solicita la intervención del perito consideramos que efectivamente lo constituye el que dictamine mediante juicio técnico sobre las circunstancias, causas y efectos del hecho sujeto a su apreciación y que es motivo de controversia, utilizando los conocimientos científicos, artísticos, industriales o técnicos que posea y se requieran para tal efecto.

4.- Este autor en su concepto incluye dos principios fundamentales que deben regir la actuación del perito en un juicio y que se refieren a que debe dictaminar con veracidad e imparcialidad. Esta situación fue lo que motivó el desarrollo del presente trabajo, toda vez que en la práctica desafortunadamente estos principios pocas veces son observados por las personas que desempeñan esta actividad y constantemente dejan de lado estos principios como lo observaremos mas adelante.

Así pues y en razón de que ya hemos expuesto el concepto que algunos doctrinarios nos ofrecen, a continuación pasamos a formular un concepto propio.

En nuestro concepto perito es:

La persona poseedora de conocimientos especializados en determinada ciencia, arte, técnica o industria, que es designada en un

proceso judicial a efecto de que mediante la aplicación de dichos conocimientos, dictamine con veracidad e imparcialidad acerca de las causas y efectos, así como las circunstancias en que sucedieron los hechos que se requieren esclarecer y que por su naturaleza requieren de su intervención.

Consideramos adecuado este concepto que proponemos porque estimamos que reúne los elementos esenciales como son:

1.- Para ser considerado como perito primeramente deben poseerse conocimientos especializados en la materia a que pertenezca el hecho que se pretende esclarecer con su intervención.

2.- Que sea designado con este carácter en un proceso judicial por las partes con la aprobación del juzgador o bien que lo designe este último

3.- Su función será la de dictaminar en auxilio del juzgador y mediante la aplicación de los conocimientos que posee, sobre las causas y efectos así como las circunstancias en que sucedieron los hechos que se requiere esclarecer y que originaron su intervención.

4.- En el desempeño de esa función, consideramos debe observar una completa veracidad y en consecuencia imparcialidad, dado que el dictamen que el emita puede ser decisivo para resolver en determinado sentido el litigio en el que es solicitada su intervención.

3.3 OFRECIMIENTO, ADMISION Y DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL.

a) OFRECIMIENTO

El ofrecimiento de una prueba dentro de un procedimiento judicial, debe hacerse atendiendo a las formalidades que la ley establece, a

efecto de que esta sea admitida por el juzgador y pueda producir el efecto probatorio, que quien la ofrece desea. En nuestra materia que esta sujeta a un procedimiento muy formalista, debe ponerse especial cuidado en materia probatoria de cumplir con los requisitos que para tal acto se encuentran establecidos, para evitar que por la omisión de alguno de ellos, la prueba no sea admitida y con ello se pierda la oportunidad de producir el efecto probatorio que se desea.

La prueba que en el presente trabajo nos ocupa, no escapa a este tipo de formalidades, y así tenemos que si no se pone especial cuidado en su ofrecimiento, puede ser desechada, aún cuando el resultado de ella pueda ser trascendental para resolver el fondo del juicio en que se ofrece, por tal motivo a continuación pasamos a exponer los aspectos que deben cuidarse para efectuar su ofrecimiento:

I.- Primeramente hay que atender a la razón del ofrecimiento de esta prueba, y para este caso el artículo 293 de nuestro Código de Procedimientos Civiles establece que:

"La prueba pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o lo mande la ley, y se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará, sin lo cual no será admitida y si se quiere, las cuestiones que deban resolver los peritos",

Como podemos observar en este artículo, primeramente para ofrecer este medio de prueba, hace falta que en el juicio que se ventile, se presenten hechos para los cuales a efecto de poder apreciarlos, se requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, de tal manera que si los hechos que se pretenden acreditar a través de dicha prueba, no revisten esta naturaleza, no debe ser admitida como tal.

II.- Debe precisarse los puntos sobre los que versará la prueba y si se quiere las cuestiones que deban resolver los peritos.

Este requisito es clave para la admisión de este medio de prueba, así como para el alcance que se pretende obtener a través de ella, y por tal motivo debe ponerse especial cuidado en esta situación y así a efecto de ilustrar el tema podemos exponer el siguiente ejemplo:

Vamos a suponer que en determinado juicio, una parte reclama el pago de daños y perjuicios a juicio de peritos, ocasionados a una construcción de su propiedad por una nueva construcción. En este caso la parte actora deberá indicar que el peritaje versará sobre los daños que presenta la construcción de su propiedad y si tales daños fueron ocasionados por la nueva construcción, así como la cuantificación en dinero a que asciendan esos daños.

Esta parte sería el determinar los puntos sobre los que ha de versar la prueba pericial. Además el mismo artículo 293 de nuestro código de procedimientos civiles que hemos transcrito anteriormente, establece que si se desea podrán formularse las cuestiones que deban resolver los peritos, lo cual consideramos es lo mas adecuado en razón de que en este caso la parte que ofrezca esta prueba, puede tratar de sacarle el mejor aprovechamiento probatorio posible.

Así pues a efecto de formular las cuestiones que en el presente ejemplo podrían hacerse al ofrecerse esta probanza, consideramos que podrían formularse las siguientes.

1.- Determinación de los daños sufridos por el Inmueble de mi propiedad, cuyas características han quedado precisadas en mi escrito inicial de demanda.

2.- Cuantificación en dinero de los daños antes expresados

3.- Determinación de la causa de los daños que presenta el inmueble de mi propiedad antes referido.

4.- Descripción minuciosa de todos y cada uno de los daños mencionados en el punto número uno de este cuestionamiento.

5.- Determinación de la influencia que ha tenido en la producción de los daños que presenta el inmueble de mi propiedad, la construcción del edificio contiguo cuyas características y ubicación he descrito en mi demanda.

6.- Determinación minuciosa de las razones por las cuales el edificio contiguo al de mi propiedad ha afectado a este último.

7.- Determinación de las violaciones al reglamento de construcciones vigentes en el Distrito Federal, en que se incurrió al construirse el edificio contiguo al de mi propiedad cuyas características y ubicación he descrito en mi demanda.

8.- Determinación de las razones técnicas en las que se apoye su opinión el perito en ingeniería civil que propongo.

Consideramos que dando contestación a un cuestionario de este tipo, el perito y la prueba pericial en sí contribuyen a que el oferente pueda en determinado momento acreditar los extremos de su acción en caso de tener la razón en su reclamo.

III.- Debe relacionarse la prueba pericial con los puntos controvertidos del juicio.

Este requisito opera para todas las pruebas que las partes ofrezcan en juicio y no solo para la prueba pericial que es la que nos ocupa en el presente trabajo, ya que si observamos la disposición contenida en el artículo 291 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, observamos que establece:

Artículo 291 "Las pruebas deben ser ofrecidas relacionándolas con cada uno de los puntos controvertidos, declarando el nombre y domicilio de los testigos y peritos, y pidiendo la citación de la contraparte para absolver posiciones. Si no se hace relación de las pruebas ofrecidas, en forma precisa, con los puntos controvertidos, serán desechadas".

De la lectura de este artículo observamos la obligación que todo litigante tienen de relacionar la prueba que ofrece y en este caso la pericial con los hechos controvertidos, mismos que con dicha prueba pretende acreditar. También de dicho artículo se desprende otro requisito muy importante que ha de observarse en el ofrecimiento de esta prueba y que debe cumplirse para que sea admitida, como es el que en el siguiente espacio comentaremos.

IV.- Expresar el nombre y domicilio del perito que se designa.

No basta con señalar con precisión la materia y los puntos sobre los que ha de versar la prueba pericial que se ofrece, sino que debe señalarse además del nombre completo del perito que se propone, el domicilio correcto del mismo. Por tal motivo este es un detalle que debe cuidarse, ya que por ejemplo si alguna de las partes no señala el domicilio del perito que propone, puede traerle como consecuencia que el juzgador apoyado en el artículo 291 que hemos transcrito anteriormente, pueda desechar dicha probanza.

En principio este requisito de ofrecer el domicilio del perito que se propone por la partes, podría parecer injustificado, tomando en cuenta lo que dispone el artículo 347 de nuestro código adjetivo, concretamente en el segundo párrafo que establece:

"Las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos para la aceptación del cargo, salvo que el perito sea de los que nombre el juez conforme al artículo 348, en cuyo caso deberá ser notificado por el tribunal".

Según se desprende de la parte del artículo que hemos transcrito, al perito que nombran las partes, deben presentarlo al juzgado respectivo para efecto de que acepte y proteste el cargo que se le confiere en el juicio de que se trate, así pues, puede parecer intrascendente el ofrecer o no el domicilio del mismo, sin embargo en la práctica no resulta así, ya que durante el desarrollo del juicio, puede presentarse la necesidad de que se convoque a una junta de peritos, y ante tal situación, debe notificárseles la fecha y hora de la diligencia respectiva y se les cita a la misma, para lo cual es indispensable conocer la ubicación de su domicilio a efecto de poder hacerle llegar la notificación respectiva.

Otra situación muy común que suele darse en la práctica, es que alguna de las partes no tuviere interés en la pronta resolución del juicio y para tal efecto se pusiere de acuerdo con su perito a efecto de que éste se abstenga de ofrecer su dictamen, que será en la fecha en que se encuentre prevista la celebración de la audiencia próxima en el juicio que se esté ventilando y por tal motivo se haga necesario notificarle el requerimiento de ofrecer su peritaje en dicha audiencia con apercibimiento de removerlo de su cargo. Así pues podemos observar que se hace necesario el ofrecimiento del domicilio del perito de las partes para las situaciones que como ejemplo hemos señalado.

Por lo que respecta a los peritos que nombra el juez como son el tercero en discordia y en los casos que establece el artículo 348 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, al hacerlo; el juez proporciona el domicilio e inclusive el número telefónico a efecto de poder notificarle su nombramiento, lo que la partes aprovechan para entrar en contacto con el. De esta manera, aun cuando nuestro código establezca que el tribunal se encargará de notificarlo, recordemos que la celeridad del procedimiento judicial queda sujeta al impulso que las partes le den a este, por lo que aquí el interesado en la pronta resolución del juicio, debe realizar los trámites necesarios a efecto de que sea notificado el perito

de que hablamos y este se presente a aceptar y protestar el cargo conferido.

V.- El término en que debe ofrecerse la prueba pericial.

El artículo 290 de nuestro código de procedimientos civiles establece:

"El período de Ofrecimiento de pruebas es de diez días, que empezarán a contarse desde el día siguiente al de la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba".

Por su parte el artículo 347 del mismo ordenamiento establece:

"Cada parte dentro del tercer día nombrará un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno solo. El tercero en discordia será nombrado por el juez.

Las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos para la aceptación del cargo, salvo que el perito sea de los que nombre el juez conforme al artículo 348, en cuyo caso deberá ser notificado por el tribunal".

Así mismo el artículo 348 en su fracción I establece:

"El juez nombrará los peritos, que correspondan a cada parte en los siguientes casos:

I.- "Si alguno de los litigantes dejare de hacer el nombramiento en el término señalado en el artículo anterior".

Del análisis de los artículos que hemos transcrito podemos observar en el primero de ellos que la regla general para el ofrecimiento de pruebas es de diez días, sin embargo esta disposición pareciera no regir para el caso de la prueba pericial, dado que el artículo 347 dispone que cada parte dentro del tercer día debe nombrar a su perito, con lo cual

el plazo para ofrecer esta prueba se reduce a tres días, y en caso de ofrecerla en un término mayor a este, pero dentro de los diez días que dispone el artículo 290, debe ser aceptada esta prueba, pero el perito debe ser nombrado por el juez, según lo establece el artículo 348 en su fracción I. que ya hemos transcrito. Estas conclusiones son producto de la reflexión a que nos lleva la lectura y análisis de estos artículos que nos ocupan, sin embargo en la práctica y hasta donde nos ha sido posible tener la oportunidad de conocer, no sucede de tal forma, ya que por lo regular la prueba pericial es ofrecida dentro del periodo de diez días que establece el artículo 290, y a su vez el juez al recibirla, otorga a la contraparte un término de tres días para que nombre perito de su parte, a percibido que de no hacerlo, el lo hará en su rebeldía. Así mismo en el caso de impugnación de la firma de algún documento presentado en juicio, según lo establece el artículo 386, la cual puede hacerse desde la contestación de la demanda hasta seis días antes de la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, debe acompañarse a tal objeción la designación del perito que proponga la parte que la hace, y el juzgador al recibirla, otorga, un plazo también de tres días para ofrecer perito de su parte a la contraparte.

De tal forma, concluimos que no necesariamente debe ofrecer ambas partes a esta prueba dentro de los tres días de abierto el periodo de ofrecimiento de pruebas y que por lo general estos tres días se otorgan a la contraparte del que en principio la ofreció.

b) ADMISION Y DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL

I.- Admisión:

Hemos señalado ya anteriormente los detalles que el oferente de esta prueba debe cuidar y atender a efecto de que la misma le sea admitida por el juzgador. En tal caso y encontrado que se han cubierto los requisitos establecidos para su ofrecimiento, se procederá a dictar resolución en la que se declare que se admite esa prueba; que se tiene

por designado como perito del oferente a la persona indicada, ordenando además, se le haga saber su nombramiento para el efecto de que acuda al juzgado correspondiente a aceptar y protestar dicho cargo en un término de cuarenta y ocho horas posteriores a que surta efectos la notificación de este acuerdo que se hace por boletín a las partes. En dicho acuerdo además, se prevendrá a la contraparte para que en un término de tres días designe perito de su parte, según lo dispuesto por el artículo 347 de nuestro código adjetivo; así mismo, se le apercibirá para que en caso de no hacer ese nombramiento, el juez se encargará de designarle perito de su parte conforme a lo dispuesto en la fracción I.- del artículo 348 de nuestro código procesal Invocado.

II.- Desahogo.

El Desahogo de esta prueba puede ser tanto en forma oral como en forma escrita, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 391 de nuestro código de Procedimientos civiles el cual dispone:

"Los peritos dictaminarán por escrito u oralmente en presencia de las partes y del tercero en discordia si lo hubiere. Tanto las partes como el tercero y el juez pueden formular observaciones y hacer preguntas pertinentes durante la audiencia, en la cual se rendirá la prueba, y el tercero dirá su parecer"

Normalmente los peritos se encargan de dictaminar por escrito sobre la cuestión para la cual fueron designados, es decir, una vez que han aceptado el cargo y se han allegado los elementos que requieren para llevar acabo su cometido, se limitan a elaborar por escrito su dictamen el cual presentan y ratifican el juzgado correspondiente y el juez o secretario de acuerdos que lleve la audiencia, se encarga de dar cuenta de él en la misma. Sin embargo cuando la materia sobre la que deben dictaminar es compleja tanto para las partes como para el juzgador, de tal suerte que no baste con un simple dictamen por escrito, sino que se requiera de la presencia de ellos en la audiencia respectivo, para adorar

todas y cada una de las dudas que surjan tanto a las partes como al juzgador respecto del dictamen que emitan, como de la materia en sí sobre de la que dictaminaron, puede hacérseles comparecer a dicha audiencia y a esta comparecencia, se le llama junta de peritos en la que deben acudir tanto al perito de cada parte como el tercero en discordia si lo hubiere del cual nos encargaremos de hablar en el siguiente punto.

Así pues queda claro que esta probanza puede recibirse de una u otra manera e inclusive de ambos como son la escrita a través del dictamen y la forma oral a través de la comparecencia de estas personas a la audiencia respectiva a la cual deberá citárseles oportunamente y ellos a su vez tienen la obligación de comparecer cuando para este caso fueren requeridos, según lo dispuesto por la segunda parte del artículo 392 anotado anteriormente y que señala:

"Los peritos citados oportunamente serán sancionados con multas hasta el equivalente de quince días del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en caso de que no concurren, salvo causa grave que calificará el juez"

Esta medida de apremio en nuestro concepto puede resultar débil en atención a la cuantía de determinado asunto, y por lo tanto puede provocar que una de las partes al no tener interés en que se resuelva pronto el juicio, se ponga de acuerdo con su perito a efecto de que el mismo no comparezca a dicha diligencia y con ello soportar la multa que se impone pero logrando con ello retrasar el procedimiento.

Consideramos que debiera establecerse además de la multa en primer lugar con que se cuenta, un apercibimiento de arresto para de esta manera hacer que dichas personas se abstengan de desatender un requerimiento judicial de esa naturaleza, tal y como ocurre por ejemplo con los testigos que son llamados a declarar en juicio y a quienes al citárseles por primera vez, se les apercibe con multa en caso de incomparecencia y en la siguiente citación se les apercibe con arresto, lo

que hace que por lo general difícilmente una persona desatienda un citación con este tipo de apercibimiento, según lo establece el artículo 357 de nuestro código de procedimientos civiles:

"Las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación sin embargo, cuando realmente estuvieren imposibilitados para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite. El juez ordenará la citación con apercibimiento de arresto hasta por quince días o multa equivalente hasta quince días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que aplicará al testigo que no comparezca sin causa justificada o que se niegue a declarar..."

Vemos pues que para el caso de la prueba testimonial, el juez a efecto de hacer comparecer a los testigos, puede citarlos bajo apercibimiento de arresto o la multa establecidos en dicho artículo, generalmente primero apercibe con multa y después con arresto que resulta mas efectivo. Así pues, consideramos que debiera existir disposición expresa para el caso de la prueba pericial en la que se establezca además de una multa para el caso de incomparecencia a la junta de peritos por cualquiera de estos, un apercibimiento de arresto para ser mas eficaz dicha medida siempre desde luego salvo causa planamente justificada.

3.4 EL PERITO TERCERO EN DISCORDIA

Dentro de un procedimiento en que se ha hecho necesaria la intervención de peritos a efecto de esclarecer alguna situación para la cual se requiera de los conocimientos que éstas personas poseen como tales, puede darse la situación de que al emitir su dictamen, el perito de cada parte, los mismos sean contradictorios entre si, es decir que existan diferencias entre ellos que den lugar a dudas respecto de cual es el mas acertado para ser tomado en cuenta por el juzgador. Aquí cabe adorar que muchas veces esas diferencias pueden ser manifestadas en forma

Intencional, ya que por ejemplo en un juicio en que se reclama el pago de daños sufridos por una construcción y en que la función de los peritos es calcularlos, no sería extraño que intencionalmente el perito de la parte demandada los valore muy por abajo de lo que en la realidad existieron, por su parte el perito de la parte actora los calcule en sentido contrario, es decir por encima de lo que en la realidad acontecieron. Así pues puede ser que esas diferencias no sean intencionales y que en realidad sean producto del razonamiento que para tal efecto tuvieron que efectuar.

Ante tal situación se prevé el nombramiento de un tercer perito que venga a aclarar esas diferencias, el cual será nombrado por el juez y en nuestro concepto es el que mayor responsabilidad moral adquiere puesto que influirá de manera determinante con su dictamen para que dicha prueba sea tomada en cuenta en uno u otro sentido ya que esa prueba puede resultar determinante en algún juicio, aún cuando existe el principio de que un dictamen pericial no obliga al juzgador, puede ser el caso de que el mismo puede influir para fallar un juicio en determinado sentido. Decimos que adquiere gran responsabilidad moral el perito tercero en discordia en razón de que estimamos que es el quien debe con mayor razón ser imparcial en su cometido, toda vez que los peritos de las partes por ser nombrados por estas y recibir sus honorarios de las mismas, se entiende que defiendan la postura de éstas en el juicio. Sin embargo en el caso del tercero en discordia, como nuestro Código de Procedimientos Civiles estipula que deberán pagarle sus honorarios a ambas partes por mitad, estimamos que por ello debe ser imparcial al emitir su dictamen. Sin embargo en la realidad se da mucho que el mismo dictamina en favor de la parte que primeramente le asegure el total de sus honorarios, según lo trataremos mas adelante, dando con ello como resultado que con estas acciones se desvirtúa el fin de la prueba pericial que es dictaminar con precisión sobre determinada cuestión litigosa.

Aclaramos que tiene responsabilidad moral un perito en razón de que de acuerdo a nuestra legislación, el perito no incurre en responsabilidad civil porque al emitir su dictamen lo hará de acuerdo a su

"leal saber y entender", lo que se nos hace una salida muy fácil para evitar incurrir en este tipo de responsabilidad, ya que basta que manifieste esta situación, para eximirse de cualquier responsabilidad.

3.5. NATURALEZA JURIDICA DEL PERITO

Dada la trascendencia que en nuestro concepto tiene la participación del perito en el procedimiento judicial se hace necesario establecer cual es la naturaleza jurídica del perito y al respecto nos encontramos tres posturas sobre las que se discute esta situación y que son:

- a) Se considera al perito como un auxiliar del juzgador
- b) Se le considera como un medio de prueba
- c) Se le considera también como un testigo de calidad

El maestro Marco Antonio Díaz de León es partidario de la primera postura al considerar lo siguiente:

"Coincidimos con los actores que niegan el carácter del medio de prueba a la pericia porque en primer lugar el perito interviene como mero asesor del juez en el conocimiento de los hechos y en la valoración de las pruebas; la opinión del perito ilustra al juez sobre experiencias que desconoce, quien por lo tanto puede aceptar o rechazar dicha opinión"¹³

Para el maestro Francesco Carnelutti, los peritos son tanto auxiliares del juez como medios de prueba al expresar lo siguiente.

"Los peritos pueden actuar de varios modos., auxiliando al juez en la percepción o inteligencia de los hechos indicándole los principios científicos o técnicos que le permitan deducir consecuencia de hecho indispensables al conocimiento de la verdad; deduciendo ellos mismos las consecuencias que tales hechos deriva al amparo de sus conocimientos especializados"

¹³ DIAZ DE LEON MARCON ANTONIO. Tratado sobre las pruebas periciales. Editorial PORRUA, méx. 1991, pag. 318

La Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal también considera al perito como un auxiliar de la administración de justicia al establecer en el artículo 162 lo siguiente:

"El peritaje de los asuntos judiciales que se presenten entre las autoridades comunes del Distrito Federal, es una función pública, y en esa virtud los profesionales, los técnicos o los prácticos en cualquier materia científica, arte u oficio, que presten sus servicios a la administración pública, están obligados a prestar su cooperación a las autoridades de ese orden, dictaminando en los asuntos relacionados con su ciencia arte u oficio que se les encomiende"

Por su parte el maestro Eduardo Pallares expone: que algunos tratadistas discuten si los peritos no son otra cosa que testigos de calidad, es decir "con conocimientos mayores y mas profundos que aquellos que los que tienen los testigos, cuyo conocimiento sobre las cuestiones litigiosas es el vulgar".¹⁵

Sin embargo el mismo autor se encarga de desvirtuar tal postura al hacer las siguientes diferencias que existen entre testigo y perito.

a)"Los testigos cuando son de los llamados de vistas, presencian directamente los hechos litigiosos. Los peritos que únicamente dictaminan, no tienen ese conocimiento de las cosas de hecho litigiosas, únicamente cuando el hecho es intransitivo, lo conocen directamente, luego entonces la controversia no gira en torno de la cuestión de saber si existió o no existió sino de como existe y las causas que lo producen. Por ejemplo cuando se trata de los daños producidos en un edificio por la construcción de otro."

¹⁵ Payares Eduardo, Derecho Penal Civil, Novena edición
Editorial Porrúa, México 1981 Pag. 397

b) Las declaraciones de los testigos siempre se refieren a hechos acontecidos en el pasado, las de los peritos pueden referirse a hechos presentes o futuros. esta diferencia es esencial.

c) "El conocimiento en que se funda la prueba testimonial es anterior al juicio, el de la pericial se elabora durante el juicio"

d) "Los peritos han de tener conocimientos especiales en la ciencia o en el arte a que se refieren los hechos litigiosos, y el código exige por regla general, que posean el título profesional relativo mientras que a los testigos no se les exige este requisito."

e) "Los testigos siempre son personas físicas; los peritos pueden ser personas morales como sucede cuando se solicita de la asociación de arquitectos, por ejemplo, un dictamen sobre las causas de un derrumbe, o el valor de una construcción. En este caso, el dictamen que produce no es la obra de una persona, sino de la asociación misma"

f) Los testigos pueden ser constreñidos judicialmente a declarar (art. 357 C.P.C.), los peritos no pueden serlo, y cuando se nieguen a cumplir su cometido, su responsabilidad consiste en el pago de los daños y perjuicios.

g) "Los servicios de los peritos están regidos por el principio de que nadie puede ser obligado a prestar un servicio personal sin que esté justamente retribuido (art. 5° Constitucional). Por el contrario tradicionalmente se considera inhábil al testigo pagado porque fácilmente vencería el litigante que pudiese pagar una cantidad mayor de dinero para obtener una declaración favorable."

En otras palabras, la esencia de la prueba testimonial es que la misma sea desinteresada. Así pues, con estos argumentos queda desvirtuada cualquier similitud entre perito y testigo.

En nuestro concepto y tomando en cuenta las funciones que para el perito señala el maestro Becerra Bautista como son:

1° "Los peritos auxilian al juez en la percepción o en la inteligencia de los hechos.

2° Indican al juez los principios científicos o técnicos que le permiten deducir consecuencias de hecho indispensables para el conocimiento de la verdad

3° Deducen las consecuencias de tales hechos basándose en sus conocimientos especializados.

4° Señalan las consecuencias jurídicas que extraen por la subsunción del hecho en la norma jurídica."

Consideramos que el perito efectivamente es un verdadero auxiliar del juzgador puesto que este se encargará de ilustrarlo respecto de los hechos para los cuales ha sido solicitada su participación, empleando para ello los conocimientos especializados que posee y que el juzgador no tiene. En tal situación el perito no puede ser un testigo de calidad por las razones que nos expresa el maestro Eduardo Pallares, ni tampoco puede ser un medio de prueba porque en todo caso esta calidad tendría el dictamen final que dicha persona emita y ambos son algo diferente, ya que perito es la persona que lo emite y el dictamen es el resultado del análisis técnico o científico que realiza el perito. Así pues para nosotros el perito es un auxiliar del juzgador.

3.6 HONORARIOS DE LOS PERITOS Y QUIEN DEBE PAGARLOS.

Toda persona que desempeñe un trabajo lícito tiene derecho a recibir una justa retribución, tal derecho se encuentra consagrado en el artículo quinto de nuestra constitución. De tal suerte y toda vez que los peritos que intervienen en un procedimiento judicial desempeñan un trabajo, tienen derecho a recibir un pago por sus servicios. Ahora bien, ¿quién ha de pagar dichos servicios?

En nuestra materia existe disposición clara al respecto, tal situación se encuentra contenida en el artículo 353 de nuestro Código de Procedimientos Civiles el cual dispone:

"El honorario de cada perito será pagado por la parte que lo nombró, o en cuyo defecto lo hubiere nombrado el juez, y el del tercero, por ambas partes, sin perjuicio de lo que disponga la resolución definitiva sobre condenación en costas"

De dicho artículo se desprende que las partes quedan en libertad de convenir con su perito sobre el modo económico que este ha de recibir por sus servicios y en cuanto a los honorarios del perito tercero en discordia, ambas partes deben pagar por mitad los honorarios de éste. También la parte a la que por algún motivo le fue designado perito por parte del juez, está obligada a cubrirle sus honorarios, sin perjuicio de que en la sentencia definitiva alguna de las partes sea condenada a cubrir las costas que origine el procedimiento en las que se incluirá por supuesto el costo de estos servicios y la persona que sufra tal condena, será quien finalmente soporte la carga de dichos gastos.

Existe también la posibilidad de que aún cuando las partes no hubieren promovido prueba pericial y por tal motivo tampoco hubiesen señalado perito, el juzgador considere oportuno asistirse de peritos para esclarecer algún punto litigioso y en tal situación ambas partes deben cubrirle sus honorarios, según se desprende del artículo 170 de la ley Orgánica de tribunales del Distrito Federal que dispone:

"Los honorarios de los peritos designados por el juez sin solicitud de ninguno de los interesados, de acuerdo con lo que dispone el artículo 353 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles, serán cubiertos por ambas partes por mitad sin perjuicio de lo que disponga la sentencia definitiva respecto a condenación en costas."

Estos peritos consideramos que en virtud de que son designados por el juez, deben ser de aquellos que se encuentren autorizados por el tribunal para desempeñar tal actividad dentro de la administración de justicia.

Toda vez que un abogado es considerado perito en derecho, también cabe la posibilidad de que con esta calidad sea llamado o designado en un juicio y en tal situación sus honorarios se encuentran regulados por disposición arancelaria tal como lo dispone el artículo 256 de la citada Ley Orgánica de Tribunales:

Art.256. "Cuando los abogados fueren nombrados peritos para valor servicios de su misma profesión, créditos litigiosos o cualesquiera otras acciones o derechos, cobrarán un 2% sobre el importe del avalúo si este no excede de \$50,000.00; un 1% además por el excedente hasta \$100,000.00 y un medio por ciento, además, por lo que pase de esta cantidad.

En los avalúos podrán cobrar también los honorarios que les correspondan, conforme al artículo 231, fracción I"

Dicha ley también previene la forma de calcular los honorarios de los traductores e intérpretes los que al poseer conocimientos especiales que pueden ser utilizados para el desempeño de la función jurisdiccional también son considerados como peritos y por tal motivo dispone el artículo 263 que deben pagarse de la siguiente forma:

"Por asistencia ante las autoridades judiciales para traducir declaraciones en idiomas extranjeros, por cada hora o fracción \$10.00. (N\$ 0.01 actuales)

Por traducción de cualquier documento, por hoja \$10.00. (N\$ 0.01 actuales)

En cuanto a los peritos valuadores también dicha ley Orgánica dispone en el artículo 264 que:

"Los peritos valuadores de toda clase de bienes cobrarán por sus trabajos la mitad de las cuotas que establece el artículo 257; pero si se trata de créditos dudosos, litigiosos o algunos otros valores que para determinarse sea necesario examinar papeles, expedientes, contabilidades, constancias de archivos, etc., cobrarán las cuotas correspondientes, aumentándose de un 10 a un 50% a juicio de peritos"

De las disposiciones que hemos transcrito, observamos que difícilmente un perito podrá aceptar que sus servicios sean pagados atendiendo a las disposiciones arancelarias existentes, en razón de que estas se encuentran obsoletas, por tal motivo se requiere que las mismas sean adecuadas a la realidad en que vivimos, además de que las mismas no pueden ser tomadas en cuenta para este motivo (calcular el monto de los honorarios de un perito), ya que por lo regular en la práctica cuando un perito es requerido para intervenir en un procedimiento judicial, busca asegurarse de quien le va a cubrir sus honorarios y cual será el monto de ellos, lo que por lo regular genera las situaciones que en el siguiente punto expondremos.

3.7- SITUACIONES QUE SE CREAN CON MOTIVO DE LOS HONORARIOS DEL PERITO TERCERO EN DISCORDIA Y EL DE LAS PARTES.

Hemos analizado en el punto anterior el artículo 353 de nuestro Código de Procedimientos Civiles desde el punto de vista de quién debe pagar los honorarios de los peritos que pueden llegar a intervenir en un procedimiento judicial en materia civil, sin embargo en este punto, volveremos a analizarlo para exponer algunas inquietudes que nos surgen respecto del mismo, para lo cual se hace necesario volver a transcribirlo a continuación.

Dispone dicho artículo que:

"El honorario de cada perito será pagado por la parte que lo nombró, o en cuyo defecto lo hubiere nombrado el juez, y el del tercero, por ambas partes, sin perjuicio de lo que disponga la resolución definitiva sobre condenación en costas"

En primer lugar recordemos que el fin de la intervención del perito dentro del procedimiento judicial, es que este auxilie e ilustre con sus conocimientos especializados a el juzgador en las ramas del saber que este desconoce y que sin embargo se hace necesario desentrañar para dar resolución a un juicio.

Pues bien, con esta disposición por lo que respecta al perito de parte o sea el que nombra cada una de ellas, se provoca que toda vez que estos recibirán el pago de sus honorarios por quien los nombró y que por lo regular son personas de su confianza, es lógico que los mismos se avoquen a emitir un dictamen a los intereses del mismo, es decir, por lo regular dejará de utilizar sus conocimientos para investigar la verdad de la situación que le ha sido planteada y a su vez los utilizará para defender la postura de su cliente en el juicio, haciendo con ello una distorsión de la realidad de los hechos por lo siguiente:

Vamos a suponer que en determinado juicio civil ha sido impugnada de falsedad la firma contenida en un documento; por tal motivo es ofrecida la prueba pericial a efecto de acreditar la falsedad de dicha firma.

Por una parte la persona que impugnó, está segura de que dicha firma es efectivamente falsa, toda vez que no fue puesta con su puño y letra, pero para acreditarlo ante el juzgador, debe valerse de un perito que explique los fundamentos del carácter técnico o científico en que apoyon dicha calificación de falsedad. En este caso este perito tan solo se avocará a explicar una realidad existente.

Por su parte el perito de la parte contraria consideramos que en muchas ocasiones no se avoca a desentrañar esa verdad a través de sus conocimientos sino que tales los utiliza para defender la postura de la parte que lo nombró, de tal suerte que si ésta ha negado en juicio la falsedad de la firma que se menciona, es lógico que él, por lo general, concluirá diciendo lo mismo, es decir que la firma en cuestión es auténtica y que llega a esa conclusión mediante los procedimientos técnicos que pudiera explicar al respecto.

Así pues, aquí tenemos una situación en que una de los peritos no tuvo mas que describir una realidad, es decir, explicar de manera técnica o científica los fundamentos por los que considera que realmente la firma que tuvo que analizar era falsa, y por otra parte el perito de la parte contraria ha realizado con su dictamen una verdadera distorsión de la realidad, ya que en su caso ha utilizado sus conocimientos para apoyar una mentira.

Por otra parte puede darse la situación de que ambos peritos y buscando beneficiar los intereses de su cliente, en realidad distorsiones también la realidad como puede ser en el siguiente caso:

Vamos a suponer que en determinado juicio una de las partes reclama el pago de los daños ocasionados a su automóvil y por tal motivo a efecto de calcular el monto monetario de dicho daño, nombra a un perito y su contraparte lo hace también

Una vez nombrados y que han aceptado el cargo, ambos emiten su dictamen. Por un lado el perito de la parte actora emite un peritaje en el cual estima en un valor muy alto los daños que le han sido sometidos a su consideración, y por la otra parte, el perito del demandado, estima en un valor muy inferior al que realmente pudieren tener dichos daños, dando como resultado que se tengan dos peritajes totalmente ajenos a la realidad de los hechos, si tomamos en cuenta que tal vez el valor

monetario de los referidos daños no coincide con ninguno de los dos peritajes.

Esta situación es muy común de darse, en atención a que al existir la facultad de que cada parte nombre a un perito de su parte, es lógico que estas nombren como tal a alguien de su confianza, por tal motivo y toda vez que este le pagará sus honorarios, es lógico que el perito emita un peritaje en el cual defienda los intereses de quien le paga, produciendo con ello como lo hemos mencionado una distorsión de la realidad.

La siguiente situación que se da con este motivo de los honorarios del perito de parte, es que al defender la postura de su cliente, se exhiban en juicio peritajes contradictorios, provocado por uno de ellos o por ambos, pero logrando con ello un retardo en la resolución del juicio respectivo, ya que ante esta situación debe nombrarse a un perito tercero en discordia que venga a dilucidar tal contradicción y de éste nos avocaremos a tratarlo mas adelante de estas líneas.

También es común que con esta situación del derecho de elegir perito de parte, alguna de ellas no este muy interesada en que se resuelva pronto un juicio que de antemano sabe le será adverso el resultado y por ello tan solo nombre a su perito e inclusive lo haga comparecer a aceptar el cargo, pero se ponga de acuerdo con el para que se abstenga de presentar su peritaje, ganando con ello mas tiempo y retrasando el procedimiento.

Ahora bien estas tan solo son algunas situaciones que se presentan por lo que se refiere al perito de cada una de las partes, pero es todavía más importante la situación del perito que es nombrado como tercero en discordia y el cual es importante señalar que desde nuestro punto de vista adquiere una gran responsabilidad por lo menos moral, y a que se ha llegado a la conclusión de que este no incurre en responsabilidad civil con motivo de la emisión de un peritaje en tal o cual sentido, ya que se

argumenta éste lo realiza conforme a su leal saber y entender, bastando por ello que diga que para él una situación es de la manera que el expone, porque así lo entiende, para que quede liberado de toda culpa. Sin embargo consideramos que su labor puede ser decisiva para la resolución de un juicio en determinado sentido, ya que se supone que este vendrá a solucionar la inicial contradicción que han llegado los peritos de parte y con ello disipar las dudas que aquellos hubieran despertado en el juzgador.

Tal situación sin embargo en la práctica no sucede por lo siguiente:

Toda vez que nuestro Código de Procedimientos Civiles dispone que los honorarios del perito tercero en discordia deben pagarlo ambas partes por la mitad, se desprende entonces que este perito está esperanzado en que las partes le paguen sus honorarios y en tal razón a efecto de trabajar, esta persona espera que alguna de las partes le garantice el pago por su dictamen, ya que por lo general no se da en lo práctico que ambas partes se reúnan al mismo tiempo con el y acuerden pagarle cada una la mitad de sus honorarios a efecto de que éste se avoque a emitir un peritaje completamente imparcial y objetivo. Por el contrario en muchas ocasiones resulta que cada una por separado y dado que cada vez que el juzgador nombra a un perito, también proporciona su domicilio e incluso su número telefónico, aprovechen esto para que cada uno por su lado traten de reunirse con el y pidan de este un peritaje favorable a cambio del pago de sus honorarios. También puede suceder que en muchas ocasiones una de las partes ofrezca una cantidad de dinero superior al que a su vez la contraparte pudiera ofrecer y en tal situación el perito mencionado caiga en dicha práctica, haciendo una alteración de la realidad de los hechos y provocando de alguna manera con su actuación, que el juzgador pueda ser en ocasiones influenciado por su dictamen aún cuando existe disposición en el sentido de que un dictamen pericial no obliga al juzgador a acatarlo, sin embargo en algunas situaciones un peritaje puede ser decisivo cuando por ejemplo según lo hemos expuesto en el caso de la impugnación de falsedad de una firma, las partes saben

que efectivamente es falsa, pero finalmente el peritaje del tercero en discordia conduce que es verdadera. Creemos en este caso que el juzgador difícilmente podrá pasar por alto esta situación aún cuando la ley no lo obliga a sujetarse a un peritaje, puede ser sin embargo que no tenga más indicios que la opinión de estos especialistas y dado que se supone que el no es experto en tales cuestiones, puede ser que se deje llevar por este peritaje y en tal situación resuelva, dando lugar con ello a una injusticia, ya que su resolución puede ser totalmente contraria a la realidad derivada de un peritaje parcial hacia alguna de la partes.

Por otra parte el hecho de que las partes tengan que pagar los servicios de esta persona, también puede provocar la pérdida de tiempo en la resolución de un juicio por la siguiente situación:

Puede ser que esta persona pretenda una suma muy elevada por sus servicios y en tal situación, ninguna de las partes este dispuesta a cubrirselos, ya que por un lado la parte que sabe le asiste la razón puede considerar que no tiene por que pagar por algo que de ante mano sabe debe resolverse en su favor y por otro lado, la parte que de antemano sabe que no le asiste la razón, puede considerar que no tiene caso pagar por algo que de antemano sabe no le será favorable. En tal razón se genera con ello una pérdida adicional de tiempo, retrazándose la resolución del juicio hasta en tanto se nombre nuevo perito y este logre ponerse de acuerdo al menos con alguna de las partes, por lo menos la que tenga interés en que se resuelva más pronto el procedimiento y en tal caso le garantice el pago de sus honorarios.

Consideramos pues, que por todo lo expuesto anteriormente lo ideal sería que no tuviesen que pagar las partes los honorarios del perito tercero en discordia y que los mismos sean cubiertos por el estado como sucede en materia penal en que el perito que nombre el juez con esta característica, recibe su pago del estado, según se desprende del artículo 180 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que en su primer párrafo dispone:

"La designación de peritos, hecha por el juez o por el ministerio público, deberá recaer en las personas que desempeñen este empleo por nombramiento oficial y a sueldo fijo."

Recordemos que en materia penal son partes del ministerio público como representante de la sociedad y parte acusadora y por otra parte el Indicado. Así pues, tanto el ministerio público como el juez cuando deban hacerlo, nombrarán perito de los que desempeñan ese empleo por nombramiento oficial y que gozan de un sueldo por ello.

Por otra parte recordemos que el juez tiene facultades para designar entre otros al perito tercero en discordia, el que en esta materia no tiene la necesidad de esperar a que alguna de las partes le garantice el pago de sus honorarios para avocares a desempeñar su función, sino que consideramos, que una vez que el ha aceptado el cargo, debe dictaminar lo más pronto posible, lo que no sucede en materia civil como lo hemos expuesto donde en alguna ocasión un servidor, platicando con una persona que se desempeña como perito nos comentaba "nosotros cuando fungimos como perito tercero en discordia, tenemos la necesidad de esperar a que alguna de las partes se ponga de acuerdo con nosotros respecto a nuestros honorarios, y en muchas ocasiones nos enfrentamos a la situación de que no se nos acerca ninguna de las partes para ese motivo y en tal situación nos tenemos que abstener de emitir el peritaje correspondiente; en otras, sucede que se nos acercan ambas partes por separado para proponernos una cantidad "x" a cambio de un peritaje favorable.

Consideramos que si se modificara en materia civil el artículo 353 del Código de Procedimientos Civiles y dispusiera que los honorarios del perito tercero en discordia serán pagados por el estado, esta situación disminuiría y que así mismo cuando se nombre a este perito, el juzgador se abstenga de dar datos como su domicilio y número telefónico para evitar en lo posible que las partes entren en contacto con él y de esta

forma evitar en alguna medida la colusión que en muchas ocasiones se da entre perito y partes, que en otras tantas veces puede resultar trascendental en la resolución de un juicio en determinado sentido.

CAPITULO IV VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL

4.1. Concepto de Valoración

4.2. Naturaleza de las normas que regulan la apreciación de las pruebas.

4.3. Sistema de la valoración legal

4.4. Sistema de la valoración libre

4.5. Sistema de valoración mixto

4.6. Valoración del dictamen pericial

4.7. Comentarios en cuanto a la valoración del dictamen de la prueba pericial

4.1. CONCEPTO DE VALORACION

Hemos establecido anteriormente que el fin principal que persigue el oferente de una prueba, es el conseguir convencer al juzgador acerca de las afirmaciones que ha realizado en el juicio en que las ofrece, de tal suerte que dependerá en gran medida del ofrecimiento acertado o defectuoso que se haga para conseguir un resultado satisfactorio o insatisfactorio, según haya sido el esmero que se hubiere observado tanto en su ofrecimiento como en la preparación y desahogo de las mismas.

Así pues, una vez agotadas las etapas de ofrecimiento y desahogo de las probanzas aportadas en el juicio, llega un momento en el juzgador debe omitir la resolución que en derecho proceda dentro del juicio que le ha sido planteado y es aquí donde este realiza una labor trascendental para el resultado de dicho juicio y que se refiere precisamente a la valoración de las pruebas que las partes le han ofrecido como instrumentos para acreditarle los hechos que han vertido en dicho juicio como fundatorios de su acción o excepción defendida en el mismo.

La valoración es según el punto de vista del maestro José Ovalle Fabela. "La operación que realiza el juzgador con el objeto de terminar la fuerza probatoria de cada uno de los medios practicados en el proceso"¹

De éste concepto que hemos transcrito, pensamos que dicho autor al hablar de operación, se refiere a una reflexión por razonamiento por el cual llega a la conclusión de cual es el alcance que debe otorgarse a cada una de las pruebas que le han sido ofrecidas y desahogadas. Así, en base a ese razonamiento considerar si las mismas acreditan o no a los hechos que pretendieron acreditarse mediante el ofrecimiento de las mismas. Dicho operación mental debe exponerla en la parte relativa a los considerandos de la sentencia que finalmente emita.

¹ Ovalle Fabela Jose. Derecho Procesal civil
Edit. Harla S.A. México 1989 pag. 170

Por nuestra parte retomando la exposición anterior, podemos realizar nuestro propio concepto de valoración de la siguiente manera:

"Es la determinación por la que el juez estima que una prueba acredita o no el hecho para el que fue ofrecida basado en el análisis tanto de los hechos que le fueron expuestos como del resultado que se desprende del desahogo de la misma".

Hablamos de una determinación porque estimamos que para valorar una prueba, previamente debe de analizar el hecho o los hechos que se han expuesto y que pretenden acreditarse con esa prueba para después analizar también el resultado que se desprende del desahogo de la misma y en base ello determinar si dicha prueba es suficiente o no para acreditar el hecho o los hechos que con ella se pretendió hacer, es decir, finalmente la valoración se traducirá en un acreditamiento o no acreditamiento de los hechos controvertidos en juicio.

4.2. NATURALEZA DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.

La doctrina ha considerado mas de una vez, que las normas que rigen la apreciación de la prueba no son de derecho procesal, sino de derecho material, ya que ellas fijan la suerte del derecho de las partes interesadas aún con anterioridad al proceso.²

A éste respecto dicha corriente sostiene que la razón de considerar que los temas de la eficiencia de la prueba son de derecho material y no de derecho Procesal radica en la necesidad de contar de antemano con una prueba preconstituida y de la eficacia a priori de ciertos negocios jurídicos. Se procura, así mismo llegar a la consecuencia de que la eficacia de la prueba queda fuera del principio de aplicación inmediata, que es característica de las leyes procesales.

² Couture Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones de Palma Buenos Aires Argentina 1987 pag. 258

Considera el maestro Couture respecto de ésta postura que la tesis de que la teoría de la Eficacia de la Prueba pertenece al Derecho Civil, pertenece a una concepción privatista del proceso. Pero esa tesis que mira el problema desde el punto de vista de las partes olvida que la prueba es tanto una actividad de los litigantes, un instrumento de convicción del juez. En todo el panorama de la prueba, lo que prevalece es la figura del juez. El decide los hechos en razón de principios de la lógica probatoria, en consideración al Interés general por los fines mismos del Derecho.

Considera también dicho autor que cuando el legislador instituye una norma para regular la eficiencia de los actos jurídicos a modo de solemnidad, esa norma no se apoya solo en consideraciones de carácter procesal, sino que rige la vigencia misma del acto y se considera como formando parte de su esencia, por razones de política jurídica. Pero también por razones de política jurídica el legislador instituye determinado medio de prueba lo hace guiándose por razones rigurosamente procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formadas en el juicio.

Nosotros por nuestra parte y formando en consideración la exposición anterior, opinamos que las normas que regulan la apreciación de las pruebas son tanto de carácter procesal como de Derecho material, ya que el juzgador al valorar los medios de prueba aportados por las partes no se encuentra totalmente sujeto a disposiciones de carácter procesal para valorarlas, sino que también posee libertad para hacerlo y es aquí donde pensamos que pueda darse tal situación, además de que tiene facultad para atender a las reglas de la lógica y de la experiencia siempre y cuando exponga cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada así como de su decisión final.

Los siguientes tres puntos del presente trabajo estarán dedicados a los tres sistemas de valoración de pruebas que la doctrina maneja que

se refieran al sistema de la valoración legal, sistema de la valoración libre y el sistema de valoración mixto, los cuales nos avocamos a exponer a continuación:

4.3. SISTEMA DE LA VALORACION LEGAL

A éste sistema de valoración de pruebas también se le conoce como sistema de valoración tasada. La denominación es concedida en razón de que es precisamente la ley procesal la que le fija al juzgador en cada caso el valor probatorio que le corresponde a cada medio de prueba, de tal suerte que el juez tan solo se debe limitar en éste sistema a otorgar ese valor, sin que le está permitido formular juicios particulares al respecto. Sea cualquiera la convicción que el juez obtenga del resultado de la prueba, la misma no trasciende sino coincide con la valoración legal fijada en la ley. Las partes de acuerdo con la aplicación de éste sistema, de alguna manera pueden calcular anticipadamente con cierta probabilidad de acierto el resultado de la misma y el juzgador atendiendo estrictamente a la ley, se libera de todo razonamiento lógico para valorar las probanzas que se le han ofrecido.

El maestro Rafael De Pina acerca de este sistema considera que:

▪ El sistema de la prueba legal o tasada se asienta sobre la desconfianza hacia el juez, al que convierte en autómatas y es, sobre todo por su inflexibilidad y dureza incompatible con una eficaz percepción, en el caso concreto, escapa a las previsiones legales de tipo general, que suelen llegar a la fijación de una verdad puramente legal, sin enlace alguno con los elementos vitales que palpitan en toda contienda judicial³.

Por su parte el maestro Luis Guillermo Torres Díaz al referirse a éste sistema de valoración de pruebas considera que:

³ De Pina Rafael tratado de las pruebas civiles Editorial Porrúa, México 1975. pág. 65

"Mediante este sistema de valoración se pretende proteger a las partes de interpretaciones equivocadas del juez acerca del valor probatorio de los medios de prueba ofrecidos y desahogados en el proceso"⁴

El presente sistema tiene sus antecedentes en la legislación española anterior a la codificación en que se encuentra el más variado panorama de pruebas legales, en dicha legislación el legislador aplicaba ciertos principios críticos, dando o quitando valor a los medios de prueba. Por acto de autoridad, se podía de antemano señalar el resultado de los procesos intelectuales del juez.

Así por ejemplo el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según el litigio sobre algún mueble o inmueble y según discutieran hombres de la misma ciudad. Así, si la demanda entre hombres del mismo pueblo era sobre bien mueble debería ser probada por dos testigos del pueblo, si era sobre inmueble requerían 5 testigos. En el fuero real de España estaba excluido por regla general el testimonio de la mujer, sin embargo era admitido su dicho para atestiguar cosas que fueron escuchadas en baño, horno, el molino, río, fuente, y lagos, tejidos y nunca en otras cosas. El espejo graduaba el valor de testigos imponiendo al juez los criterios de estimación, así por ejemplo consideraba que los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, "porque vieron más y pasaron más las cosas". Por el hidalgo debe ser creído más que el villano, "pues parece que guardará más de caer en vergüenza por se, y por su linaje". El rico debe ser más creído que el pobre "Pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa", y "más creído debe ser el varón que la mujer, porque tiene el seso más firme". Por lo que respecta a la ley de partidas, la partida tercera estaba dominada por el criterio de la prueba aritmética y así por ejemplo: Dos testigos idoneos hacían prueba plena que obligaba al juez. Si las dos

⁴ Teoría general del proceso
Editorial Cardenas, Editor y distribuidor, México 1987, pag 325

partes presentaban testigos en igual número, prevalecían los que fueran de mejor forma. Si los testigos de ambas partes eran de igual forma pues dominaba el mayor número. Si se trataba de probar la falsedad de un instrumento privado se requería de los testigos, si la falsedad se encontraba en un instrumento público, no alcanzaban dos, sino que se requería de cuatro etc.⁵ Así pues, estos son algunos de los ejemplos que en dicha legislación existían como representantes de éste sistema de valoración.

Consideramos por nuestra parte este sistema de valoración quizá en alguna legislación pudiera ser aplicable pero por lo que respecta a la nuestra, consideramos que el mismo no es idóneo para aplicarlo a todas las pruebas ya que dejaría al juzgador en la imposibilidad de razonar el valor y alcance que una proanza puede tener, la labor de un abogado ante todo es la de razonar, interpretar y aplicar la ley.

En nuestro código de procesamiento civiles se aplica éste sistema en el caso de los documentales públicas cuando se establece que las mismas hacen prueba plena.

4.4. SISTEMA DE LA VALORACION LIBRE

Este sistema es el extremo opuesto del sistema de la prueba legal o tasada y en el mismo no hay reglas que sujeten al juez ni le impongan conceder determinado valor a determinado medio de prueba.

Este sistema de valoración permite al juez la mas amplia libertad para fijar el valor de los medios de prueba de tal modo que según su convicción les asignará mayor o menor valor probatorio a cada uno, atendiendo las circunstancias de cada caso en concreto.

⁵ Couture Eduardo J. Ob. Cit. pags. 268-269

Para el maestro Marco Antonio Díaz de León este sistema está basado " En la circunstancia de que el juez al juzgar forma su convicción acerca de la verdad de los hechos afirmados en el proceso, libremente por el resultado de las pruebas, es decir, empleando las reglas de la lógica, la experiencia y el conocimiento de la vida".⁶ También dicho autor, considera que para tal sistema se establece como requisito obligado la necesidad de que el juez al valorar la prueba motive el juicio crítico en que basa su apreciación y que consecuentemente, el sistema no autoriza al juez a valorar pruebas a su capricho, o entregarse a la conjetura o a la sospecha sino que supone una deducción racional partiendo de datos fijados con certeza y que obviamente con este sistema la responsabilidad del juez aumenta considerablemente, ya que debe guardarse mucho de dejarse llevar por motivaciones o imprecisiones subjetivas y arbitrarias en la formación de su convicción precisamente por el amplio campo de iniciativa que se le otorga para apreciar las pruebas.

Por nuestra parte consideramos con respecto a éste sistema de apreciación, que el mismo es aceptable en cuanto que acepta al juez la facultad de llevar a cabo un razonamiento lógico para valorar los medios de prueba ante él aportados, de tal manera que con el mismo, puede llegar a emitir una resolución mas justa. Sin embargo, consideramos que dicha facultad en ocasiones también puede ser mal aplicada y con ello cometerse alguna injusticia dado que, pretextando la libertad quizá pudiera algún juzgador aplicar un criterio equivocada una prueba y emitir con ello una resolución que pudiera resultar de alguna manera arbitraria para alguna de las partes.

4.5. SISTEMA DE VALORACION MIXTO

Hemos expuesto anteriormente a los sistemas de valoración legal o tasado y el sistema libre de los que las características principales del primero es que en dicho sistema el juzgador debe a efecto de valorar las

⁶ Díaz de León Marco Antonio Tratados de las pruebas penales Editorial Porrúa, México 1991, pags. 321-322

pruebas ante él presentadas, ceñirse a las reglas que previamente el legislador le ha establecido de tal suerte que no le es permitido aplicar su propio razonamiento para llevar acabo una valoración que el pudiere considerar justa. Por otra parte el sistema de valoración libre es la cara opuesta a este sistema ya que en el mismo se deja al juzgador en plena libertad para aplicar su criterio en base a un razonamiento lógico previo a la valoración de las pruebas ante el rendidas.

Ahora por lo que respecta al sistema que nos ocupa en este espacio, la característica que lo identifica es que combina a los dos sistemas de valoración anterior, es decir, que señala determinadas reglas para apreciar algunas reglas y otras las confía a la libre apreciación razonada del juzgador, de tal manera que en este sistema el juez aplica tanto las reglas que previamente le han sido establecidas para apreciar determinada prueba y así mismo está en la libertad de aplicar o llevar acabo una valoración razonada dependiendo de las características y circunstancias que encierran a determinada prueba y de ésta forma tratar de emitir una resolución lo mas justa posible.

El maestro Rafael De Pina, considera que además de los tres sistemas expuestos debe considerarse uno mas que el denomina " Sistema de la sana crítica", el cual implica según el pensamiento de dicho autor un juicio examen sincero y sin malicia de alguna cosa o cuestión.

Por su parte el maestro Couture opina respecto a este sistema que: "Las reglas de la sana crítica son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. en ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez; unas y otras contribuyen de igual manera a que el juez pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento de las cosas".⁸

⁷ De Pina Rafael Ob. Cit. pags. 68-69

⁸ Couture J. Eduardo Ob. Cit. pags. 270-271

Consideramos por nuestra parte que independientemente del sistema de valoración que determinada legislación adopte, siempre la impartición de justicia estará expuesta a que se cometan errores al momento de efectuar una resolución judicial, porque como opina el maestro Devis Echandía: "La confianza en la sentencia de los jueces, lo mismo que su imparcialidad y rectitud, depende mas de la calidad humana de éstos funcionarios que de la bondad del sistema legal que apliquen porque si bien se requieren normas procesales que sean aptas para el adecuado funcionamiento del órgano, la justicia es un problema de hombres mas que de leyes"

4.6. VALORACION DEL DICTAMEN PERICIAL

En los puntos anteriores hemos expuestos los sistemas de valoración probatorios que doctrinalmente se han manejado, así mismo se han manifestado las características que identifican a cada uno de ellos. En este punto que nos ocupa ahora y que se refiere a la valoración del dictamen pericial consideramos que es necesario primeramente establecer cual es sistema que nuestro Código de Procedimientos Civiles adopta para la valoración de pruebas y de ésta manera determinar la forma que se aplica para el dictamen pericial. Nuestro Código de Procedimientos Civiles establece en el artículo 402 que:

"Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. en todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión"

Por otra parte el artículo 403 del mismo ordenamiento establece:

⁹ Díaz de León Marco Antonio "Tratado sobre las pruebas penales"
Editorial Porrúa México 1991 pag. 321

"Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno y por lo tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funden".

Del análisis de los artículos antes transcritos, deducimos que nuestro código de procedimientos civiles sigue un sistema mixto para la valoración de pruebas, pero mixto en cuanto a que debe aplicar el sistema de la sana crítica o prueba razonada y el sistema legal o tasado en el caso de los documentos públicos según lo dispone como excepción el artículo 403.

Al establecer el artículo 402 que el juzgador al valorar las pruebas debe tomar en consideración las reglas de la lógica y de la experiencia, consideramos que el juzgador se encuentra ante la libertad de calificar o valorar las pruebas observando las reglas de la lógico, es decir, debe llevar a cabo un razonamiento profundo de tal manera que la resolución que emita no resulte contradictoria con la exposición de hechos que le han planteado las partes, así como el resultado que se desprenda del desahogo de los medios de prueba que le han sido aportado para acreditarlos. Así mismo, debe tomar en cuenta la experiencia que la actividad como juzgador le ha dejado para resolver una situación concreta es decir, debe tomar en cuenta los conocimientos obtenidos de la resolución de una situación similar pero anterior a la situación actual. Además, el mismo artículo establece que el juzgador debe exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica que realice, así como su decisión. Esta fundamentación consideramos que aún cuando tiene libertad para apreciar las pruebas le impide hacer una valoración arbitraria y en todo caso debe exponer y estructurar dentro de la más rigurosa lógica jurídica todos los argumentos y todos los razonamientos para cumplir con la regla del prudente arbitrio, de la sana crítica o de la prueba razonada además de que debe observar lo dispuesto por el artículo 16 constitucional que establece una obligación que tiene el juzgador de fundamentar perfectamente toda resolución que emita.

Por lo que respecta al artículo 403 éste pareciere establecer la regla de excepción al anterior sistema y establecer el sistema de valoración tasado para el caso de los documentos públicos, aunque también el artículo 322 con respecto a la testimonial establece:

"El que deba absolver posiciones será declarado confeso. 1.- Cuando sin justa causa no comparezca; 2.- cuando se niegue a declarar; 3.- Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente. En el primer caso, el juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración".

De éste último artículo desprendemos que también para esta prueba se puede seguir el sistema legal para apreciarle en las circunstancias que el mismo establece.

Por lo que respecta a la prueba pericial consideramos que para la valoración de la misma debe seguirse lo dispuesto por el artículo 402 y de éste modo el juez debe apreciar el dictamen pericial, basado en las reglas de la lógica y la experiencia, y en tal virtud concederle o no pleno valor probatorio al dictamen dependiendo de si encuentra o no suficientemente justificadas las conclusiones que los peritos expongan en su dictamen. Esa valoración reiteramos no debe hacerla en forma arbitraria sino tendiendo a las reglas antes mencionadas y tomando en cuenta otras prueba o datos que consten en el expediente y que puedan ayudarle a valorar dicho dictamen.

Cabe mencionar que hasta antes de las reformas que nuestro Código de Procedimientos Civiles sufrió en el año de 1986, se establecía en el artículo 419 la facultad de que el juzgador apreciara a su libre arbitrio el dictamen pericial, sin embargo éste artículo fue derogado y ahora consideramos que el mismo queda sujeto a las reglas que hemos expuesto.

4.7. COMENTARIOS EN CUANTO A LA VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL

Hemos establecido en el punto anterior que la valoración de la prueba pericial debe realizar el juzgador atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia de tal manera que para apreciarla en el sentido que considere adecuado, debe fundamentarlo y exponer los argumentos que le lleven a considerarle o no considerarle pleno valor probatorio de tal manera que un dictamen pericial no necesariamente puede resultar vinculativo para el juzgador. Sin embargo consideramos que en determinadas circunstancias y toda vez que el juzgador no necesariamente puede tener conocimientos sobre la materia que ha de resolver y que precisamente dieron origen a la intervención de un perito, puede darse el caso de que apoyado en los conocimientos que éste último posee y que lo hacen experto en la materia para la que fue llamado pueda influir negativamente en el ánimo del juzgador, es decir, que apoyándose en los conocimiento que posee esta persona, pueda emitir un dictámen que aún a sabiendas de que él mismo no se apega perfectamente a la realidad, sin embargo si pudiera manejar el ánimo del juzgador en forma equivocada, dado que éste último no es experto en la materia del hecho a desentrañar y en tal situación ésta actitud se vea reflejada en el resultado o resolución que finalmente emita el juzgador. Con esto queremos decir que independientemente que el juzgador tenga toda la buena intención de emitir una resolución justa y apegada a derecho, la verdad es que también puede ser que esa intención se vea truncada por el dictámen amañado que un perito pueda emitir, sobre todo tratándose del tercero en discordia si tomamos en cuenta que es el que se supone nos debe dar un resultado imparcial porque para eso es llamado en un juicio. Sin embargo éste de alguna manera y toda vez que pudiera estar coludido con alguna de las partes, podía también utilizar sus conocimientos para darle apariencia de apegado a la realidad a un peritoje que en verdad no lo sea.

Lo anterior es un punto de vista muy personal que pudiera no ser compartido pero que sin embargo en la práctica se ha dado y ha provocado resoluciones judiciales injustas.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

1.- La Prueba Pericial es un medio de acreditamiento de los hechos, regulado por la ley que para su desahogo se requiere de la intervención de terceras personas en un juicio.

2.- Dichas personas deben poseer conocimientos especializados en determinada rama del saber como pueden ser un arte, técnica, industria u oficio, que le permitan auxiliar al juzgador para desentrañar los hechos que con estas características enfrenta en un procedimiento judicial.

3.- El perito con su intervención en el procedimiento emitiendo su dictamen respecto de la situación que se plantea, realiza un trabajo y por tal motivo, al igual que cualquier persona tiene derecho a recibir un pago

4.- Nuestro Código de Procedimientos Civiles establece con respecto a los honorarios de estas personas que deben pagarlos la parte que los nombró o en cuyo defecto le hubiere sido designado por el juez y por lo que respecta a los honorarios del perito tercero en discordia, deben pagarlo ambas partes por mitad.

5.- Con la anterior disposición se propicia que desde el momento en que cada una de las partes ofrece su perito y así mismo pague a este sus honorarios, se genere una manipulación de los hechos a desentrañar mediante tal prueba, ya que dichas personas con sus conocimientos por lo general se avocan a defender la postura que su cliente haya asumido en el juicio, dejando de lado la verdadera realidad de los hechos

6.- Por lo que respecta al perito tercero en discordia que normalmente es nombrado de las listas que autoriza el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal cada año, el mismo con la actual disposición de nuestro Código de Procedimientos Civiles, se encuentra esperanzado a que alguna de las partes pague sus honorarios, ya que el no recibe pago alguno por parte del tribunal y tan solo tiene del mismo la

autorización para intervenir como tal en auxilio de la administración de justicia.

7.- Aún cuando nuestro Código de Procedimientos Civiles establece que los honorarios de este perito deben pagarlos ambas partes por mitad, por lo regular en la práctica no procede un perito con esta característica a formular su peritaje sino encuentra que sus honorarios están garantizados por completo y no solo la mitad de ellos.

8.- Lo anterior provoca ese contacto con las partes que muchas veces produce que se llegue a dictaminar en favor de quien pague el monto de sus honorarios e incluso de quien ofrezca una mayor cantidad, dejando de lado la realidad de los hechos.

9.- Aún cuando el juzgador no tiene la obligación de acatar un peritaje en el sentido que le sea presentado dado que debe razonar su resolución, el mismo puede llegar a ser influenciado, dado que el no es experto en la cuestión que se desentraña con esta prueba, de ahí que se haya pedido la intervención del perito.

10.-Un peritaje puede resultar decisivo para resolver en determinado sentido un procedimiento judicial, de ahí que debe buscarse que éste sea lo mas apegado posible a la realidad para evitar resoluciones injustas.

PROPUESTAS

PROPUESTAS

1.- Se propone la reforma del artículo 353 de nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el sentido de que los honorarios del perito tercero en discordia sean pagados por el Estado a través del Tribunal Superior. Para este efecto también se propone establecer en la Ley Orgánica del citado tribunal una disposición por la cual sean destinados determinados peritos de las distintas materias para determinados juzgados y que los mismos sean rotados continuamente para evitar que se relacionen con los litigantes.

2.- Que dichos peritos tengan un sueldo fijo por parte del tribunal, de tal manera que en base a ello adquieran la responsabilidad de acreditar una cantidad fija de peritajes

3.- Establecer en el Código de Procedimientos Civiles que el juzgador al momento de nombrar perito tercero en discordia se abstenga de proporcionar sus datos de localización como son teléfono y domicilio, y además que se encargue de asignarles en forma privada los asuntos que se requieran de un peritaje de este tipo, para evitar con ello que el perito tercero en discordia entre en contacto con las partes.

4.- Se propone también, actualizar las disposiciones arancelarias que existen en la Ley Orgánica del Tribunal Superior respecto de los honorarios de los peritos, ya que las mismas se encuentran obsoletas y ello crea que en la práctica las mismas no sean tomadas en cuenta cuando por ejemplo se pide la intervención de un intérprete en una audiencia o un perito valuador etc.

5.- Adicionalmente se propone también agregar al segundo párrafo del artículo 391 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal un segundo apercibimiento, para efecto de que además de una multa en primera instancia, se establezca un apercibimiento de arresto para aquel perito que estando debidamente notificado, se abstenga de

concurrir a la audiencia en que sea requerida su presencia como puede ser la junta de peritos, tal como ocurre por ejemplo en el caso de los testigos que primero se les apercibe con una multa y después con arresto para el caso de abstenerse de comparecer, con lo anterior se lograría evitar un retraso en el procedimiento por incomparecencia de peritos, ya que un apercibimiento de arresto resulta más eficaz en la práctica

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil*, Editorial Edlar, Buenos Aires, Argentina. 1965
- 2.- Alvarez Suarez Ursicino, *Curso de Derecho Romano Tomo I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955
- 3.- Arellano García Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México 1987
- 4.- Arias Ramos J. y Arias Bonet, *Derecho Romano I. Parte general. Derechos reales*, Editoriales de Derecho Reunidas, 17ª Edición, Madrid, 1984
- 5.- Becerra Bautista José, *Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil*, Editorial Jus, México 1987.
- 6.- Becerra Bautista José, *El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, México 1987.
- 7.- Bravo González Agustín y Bravo Baldéz Beatriz, *Primer Curso de Derecho Romano*, Editorial Pax, México 1989
- 8.- Briseño Sierra Humberto, *Derecho Procesal Vol.I* Editorial Cárdenas, México 1969
- 9.- Briseño Sierra Humberto, *El Juicio Ordinario Civil*, Editorial Trillas, México 1977
- 10.- Chibly Aboumad Hobalca, *Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano III. Derecho Sucesorio y Protección de los Derechos Tomo III*, Editorial Jurídica Venezolana, Carácas 1978, 2ª Edición

- 11.- Claría Olmedo Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Europa América 1967
- 12.- Cortés Figueroa Carlos, Teoría General del Proceso, Cárdenas Editor y Distribuidor S.A. México 1974
- 13.- Couture Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 1987
- 14.- Cuenca Humberto, Proceso Civil Romano, Editorial E.J.E.A. Buenos Aires, Argentina 1957
- 15.- De Pina Rafael, Tratado de las Pruebas Civiles, Editorial Porrúa S.A., México 1975.
- 16.- Devis Echendía Hernándo, Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Editorial Findenter S.A., Madrid 1966
- 17.- Devis Echendía Hernándo, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Findenter S.A., Buenos Aires, Argentina 1981
- 18.- Díaz de León Marco Antonio, Tratado Sobre las Pruebas Penales, Editorial Porrúa, México 1991
- 19.- Fairén Guillén Víctor, Teoría General del Derecho Procesal, Editorial U.N.A.M., México 1992
- 20.- Florís Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México 1982
- 21.- García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México 1986

- 22.- García Ramírez Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México 1989
- 23.- González Blanco Alberto, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1975
- 24.- Gómez Lara Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Harla, México 1991
- 25.- Iglesias González Martha, *Derecho Romano*, Editorial Harla, México 1987
- 26.- Kaser Max, *Derecho Romano Privado*, Traducción de José Santacruz Teljeiro, Editorial Reus S.A., Madrid 1982
- 27.- Orosón Santana Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Limusa, México 1990
- 28.- Ovalle Favela José, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Harla, México 1989
- 29.- Pallares Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México 1981,
9ª Edición
- 30.- Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México 1990
- 31.- Rossi Massella Blas E., *Manual de Derecho Romano*, Editorial M.B.A., Montevideo, Uruguay 1978.
- 32.- Rubianes Carlos J., *Manual de Derecho Procesal Vol.II*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina 1983

33.- Serra Dominguez Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1969

34.- Silva Silva Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Harla, México 1990, Colección Textos Jurídicos Universitarios.

35.- Tórres Díaz Luis Guillermo, *Teoría General del Proceso*, Editorial Córdenas Editor y Distribuidor, México 1990

Legislación:

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Editorial Porrúa, México 1993.

-Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Editorial Porrúa, México 1993.

-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Editorial Porrúa, México 1994.